



**UNIVERSIDAD NACIONAL “PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POST GRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN
DERECHO CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD**

INFORME DE TESIS

**“EL CAPÍTULO VI DEL TÍTULO III DE LA CONSTITUCIÓN
SOBRE EL RÉGIMEN AGRARIO Y LA AUTONOMÍA DEL
DERECHO DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS”**

PRESENTADO POR : EL DR. HUGO FLORENTINO LAMADRID
IBÁÑEZ, CANDIDATO AL GRADO DE
MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN
EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y
GOBERNABILIDAD.

ASESOR : DR. CARLOS MANUEL CEVALLOS DE
BARRENECHEA.

LAMBAYEQUE – JULIO DEL 2016

INFORME DE TESIS

TÍTULO: “EL CAPÍTULO VI DEL TÍTULO III DE LA CONSTITUCIÓN”

**PRESENTADA A LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL “PEDRO RUIZ GALLO” PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO
DE:
MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD**

ELABORADA POR:

ABOG. HUGO FLORENTINO LAMADRID IBÁÑEZ

**DR. CARLOS MANUEL CEVALLOS DE BARRENECHEA
ASESOR**

APROBADO POR:

**DR. JOSÉ MARÍA BALCÁZAR ZELADA
PRESIDENTE DEL JURADO**

**DR. VÍCTOR ANACLETO GUERRERO
SECRETARIO DEL JURADO**

**M.Sc. MARIANO LARREA CHUCAS
Vocal**

LAMBAYEQUE, JULIO DEL 2016

DEDICATORIA

*A mis padres Cristina y Florentino
in memoriam.*

*A mi esposa Margot y mis hijas
Margot Cristina y María Alejandra.*

“En un Estado multicultural, una teoría de la justicia omniabarcadora incluirá tanto derechos universales, asignados a los individuos independientemente de su pertenencia de grupo, como determinados derechos diferenciados de grupo, es decir, un «estatus especial» para las culturas minoritarias”.

*Will Kymlicka
Ciudadanía multicultural*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
---------------------	----------

CAPÍTULO I **SITUACIÓN PROBLEMÁTICA**

1.1. Aspectos de la problemática.	10
1.1.1. Realidad problemática.	10
1.1.2. Planteamiento del problema.	10
1.1.3. Formulación del problema.	13
1.2. Justificación e importancia del estudio.	13
1.2.1. Justificación práctica.	13
1.2.2. Justificación metodológica.	13
1.2.3. Justificación teórica.	14
1.3. Objetivos de la investigación.	14
1.3.1. Objetivo general.	14
1.3.2. Objetivos específicos.	14
1.4. Hipótesis.	15
1.4.1. Formulación de la hipótesis.	15
1.5. Identificación de variables.	15
1.5.1. Variable independiente.	15
1.5.2. Variable dependiente.	15
1.5.3. Indicadores.	15
1.6. Marco metodológico.	15
1.6.1. Diseño y método de investigación.	15
1.6.1.1. Diseño de investigación.	15
1.6.1.2. Método de investigación.	16
1.7. Diseño de contrastación de la hipótesis.	16
1.8. Técnicas para el procesamiento y análisis de los datos.	16
1.8.1. Técnicas de análisis.	16
1.9. Análisis de datos.	17

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del problema.	18
2.1.1. Antecedentes generales.	18
2.1.2. Antecedentes específicos.	19
2.2. Base teórica.	21
2.2.1. Derecho consuetudinario o sistema normativo indígena.	22
2.2.2. Derecho de las comunidades campesinas o comunidades indígenas.	24
2.2.3. ¿Qué son las comunidades campesinas?	25
2.2.4. Otras definiciones.	25
2.2.5. Origen de las comunidades campesinas.	27
2.2.6. Evolución histórica de las comunidades.	34
2.2.7. Clases de comunidades campesinas.	40
2.2.8. La autonomía de las comunidades.	41
2.2.9. Definición del derecho de comunidades campesinas.	43
2.2.10. Objeto del derecho de comunidades.	43
2.2.11. Clases de normas que conforman el derecho de las comunidades campesinas.	45
2.2.12. Características del derecho de comunidades campesinas.	45
2.2.12.1. Es un derecho autóctono.	45
2.2.12.2. Tiene un carácter multidisciplinario.	46
2.2.12.3. Tiene un indiscutible carácter institucional.	47
2.2.12.4. Es particularmente un derecho protector de los bienes y de la identidad étnica y cultural de los integrantes de las comunidades.	49
2.2.12.5. Es un derecho de carácter mixto.	50
2.2.12.6. Es fundamentalmente un derecho de carácter estatutario.	52
2.2.13. Los principios del derecho de las comunidades campesinas.	56
2.2.13.1. Igualdad de derechos y obligaciones.	57
2.2.13.2. Defensa de los intereses comunes.	57
2.2.13.3. Participación plena en la vida comunal.	58

2.2.13.4. Solidaridad, reciprocidad y ayuda mutua entre todos sus miembros.	58
2.2.13.5. La defensa del equilibrio ecológico, la preservación y el uso racional de los recursos naturales.	59
2.2.14. Fuentes del derecho de las comunidades.	60
2.2.14.1. La Constitución Política.	60
2.2.14.2. Los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.	62
2.2.14.3. Normas con rango de ley.	63
2.2.14.4. Los decretos supremos y otras normas reglamentarias.	65
2.2.14.5. El derecho consuetudinario autóctono.	65
2.2.14.6. Otras fuentes.	66
2.2.15. Relación del derecho de comunidades campesinas con otras ramas del derecho.	68
2.2.15.1. Con el derecho constitucional.	68
2.2.15.2. Con el derecho civil.	69
2.2.15.3. Con el derecho penal.	69
2.2.15.4. Con el derecho agrario y de aguas.	70
2.2.15.5. Con el derecho administrativo.	70
2.2.15.6. Con el derecho registral.	71

CAPÍTULO III

EL TERRITORIO COMUNAL

3.1. Introducción.	72
3.2. El Estado y la propiedad comunal sobre la tierra.	75
3.3. La titulación del territorio comunal.	81
3.4. Régimen constitucional de las tierras comunales.	83
3.4.1. La Constitución de 1920.	83
3.4.2. La Constitución de 1933.	84
3.4.3. La Constitución de 1979.	85
3.4.4. La Constitución de 1993.	86
3.5. La privatización de las tierras comunales.	87

3.5.1.	La Ley N° 26505.	88
3.5.2.	El Decreto Legislativo N° 1015.	89
3.5.3.	La Ley N° 26845.	91
3.5.4.	Régimen de tenencia y uso de las tierras comunales.	93
3.5.5.	Tierras que forman parte del territorio comunal.	98
3.5.5.1.	Tierras originarias.	99
3.5.5.2.	Tierras adquiridas de reforma agraria.	114
3.5.5.3.	Tierras eriazas de comunidades campesinas.	115
3.5.6.	El caso de la Comunidad Santo Domingo de Olmos.	119
3.5.6.1.	Convenio de beneficios mutuos.	120
3.5.6.2.	La poligonal de 111,656 hectáreas.	121
3.5.6.3.	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre tierras eriazas.	123
3.6.	Tierras que han sido arrebatadas a las comunidades.	127
3.7.	Las servidumbres en tierras de propiedad comunal.	139
3.7.1.	Las servidumbres mineras y de hidrocarburos.	140
3.7.2.	Servidumbre de paso y justicia constitucional.	145

CAPÍTULO IV

ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL AUTOGOBIERNO COMUNAL

4.1.	De la personalidad jurídica de las comunidades.	148
4.1.1.	Noción de persona jurídica.	148
4.1.2.	El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades campesinas.	150
4.1.3.	De la resolución de reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades.	152
4.2.	Requisitos para obtener la resolución de reconocimiento.	153
4.3.	Requisitos para inscribir una comunidad campesina en los registros públicos.	155
4.4.	Contenido del asiento de inscripción del acto de constitución de una comunidad campesina como persona jurídica.	158

4.5. Efectos de la personalidad jurídica adquirida por la comunidad campesina.	159
4.6. Actos inscribibles en el registro público.	160
4.7. Comunidad campesina no inscrita.	161
4.8. De la fusión de comunidades campesinas.	162
4.8.1. Comentario.	163
4.9. De la constitución como comunidad campesina de otras organizaciones.	164
4.9.1. Comentario.	166
4.10. De los comuneros.	167
4.10.1. La condición de comunero calificado y de comunero integrado.	169
4.10.2. Los comuneros calificados.	169
4.10.3. Los comuneros integrados.	169
4.11. El padrón comunal.	170
4.12. Derechos y obligaciones de los comuneros calificados y no calificados.	171
4.12.1. Derechos de los comuneros calificados.	171
4.12.2. Obligaciones de los comuneros calificados.	172
4.12.3. Derechos de los comuneros no calificados que residen en la comunidad.	173
4.12.4. Obligaciones de los comuneros que no tengan la condición de comunero calificado.	174
4.13. Estímulos, sanciones y pérdida de la condición de comunero calificado.	174
4.13.1. El estímulo.	174
4.14. Pérdida de la condición de comunero calificado.	174
4.15. Del régimen administrativo.	177
4.15.1. Órganos de gobierno de la comunidad.	177
4.15.1.1. La asamblea general.	178
4.15.1.2. Otras atribuciones.	181
4.15.1.3. La asamblea general de delegados.	183
4.15.1.4. Clases de asambleas.	183

4.15.1.5. Convocatoria a la asamblea general.	184
4.15.1.6. Partes de una asamblea.	184
4.15.1.7. Del quórum de la asamblea.	185
4.15.1.8. Apertura de la asamblea.	185
4.15.1.9. Lectura del acta anterior.	185
4.15.1.10. Informes.	186
4.15.1.11. Pedidos.	186
4.15.1.12. Orden del día.	186
4.15.1.13. Acuerdos.	187
4.15.1.14. Otros casos que requieren quórum calificado para su aprobación.	188
4.15.1.15. Clases de votación.	189
4.15.1.16. Votación directa.	189
4.15.1.17. Votación secreta.	190
4.15.1.18. Levantamiento de la asamblea.	190
4.15.1.19. El acta de la asamblea general.	190
4.16. Inscripción de acuerdos.	191
4.16.1. Impugnación de acuerdos.	191
4.17. De la directiva comunal.	193
4.17.1. Inscripción del nombramiento de los integrantes de los órganos y representantes de la comunidad.	194
4.17.2. Requisitos para ser integrante de la directiva comunal.	195
4.17.3. La reelección de los integrantes de la directiva comunal.	196
4.17.4. Sesiones de la directiva comunal.	197
4.17.5. Quórum.	197
4.17.6. Reuniones de coordinación.	198
4.17.7. Vacancia del cargo.	198
4.18. Funciones de la directiva comunal.	198
4.18.1. Responsabilidad de la directiva comunal.	199
4.18.1.1. Comentario.	200
4.19. Los comités especializados.	203
4.19.1. Objetivos, funciones y atribuciones.	203

4.20. Las elecciones comunales.	205
4.20.1. Régimen legal.	205
4.20.2. El comité electoral.	206
4.20.2.1. Acto no inscribible.	206
4.20.3. ¿Quiénes pueden votar?	207
4.20.4. Requisitos para ser candidatos a la directiva comunal.	207
4.20.4.1. Impedimentos.	208
4.20.5. El proceso electoral.	208
4.20.5.1. Elección de los delegados sectoriales.	209
4.20.5.2. El reglamento de elecciones.	211
4.20.5.3. Inscripción de la directiva comunal.	212
4.20.5.3.1. Casos que se pueden presentar.	212
4.20.5.4. Elección de la nueva junta directiva encontrándose inscrita la junta directiva saliente.	213
4.20.5.5. Cuando la directiva comunal no está inscrita, habiendo transcurrido uno o más periodos electorales vencidos.	214
4.20.5.6. Forma de acreditar la convocatoria y el quórum.	216
4.20.5.6.1. Constancia de la convocatoria.	216
4.20.5.6.2. Constancia del quórum.	217
4.20.5.6.3. Acreditación de convocatoria efectuada por publicación.	217
4.20.5.6.4. Suscripción de las constancias en procesos electorales.	218
4.20.5.6.5. Convocatoria efectuada en fecha distinta a la prevista en el Reglamento de la Ley de Comunidades Campesinas.	218

CAPÍTULO V

LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y EL DERECHO A LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

5.1.	Los recursos naturales.	219
5.2.	Los recursos naturales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.	221
5.3.	El aprovechamiento de los recursos naturales.	223

5.3.1.	Aprovechamiento de recursos naturales por pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas.	226
5.3.2.	El aprovechamiento sostenible y razonable de los recursos naturales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.	227
5.3.3.	El caso especial de la Amazonía.	229
5.4.	La biodiversidad.	230
5.4.1.	Las comunidades y la diversidad biológica.	232
5.5.	Las áreas naturales protegidas.	232
5.5.1.	Categorías de las ANP de nivel nacional.	233
5.5.2.	Régimen especial para la administración de las reservas comunales.	236
5.5.3.	Naturaleza del régimen especial para la administración de las reservas comunales.	236
5.5.4.	Los beneficiarios de las reservas comunales.	237
5.5.5.	Consulta para la identificación de los beneficiarios durante la elaboración del expediente técnico para la creación de una Reserva Comunal.	237
5.5.6.	Sectorización administrativa de las reservas comunales.	239
5.5.7.	Aprovechamiento de los recursos de las reservas comunales.	239
5.5.8.	Las áreas naturales protegidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.	240
5.6.	Las comunidades campesinas y los recursos forestales.	242
5.6.1.	La legislación forestal.	244
5.6.2.	Participación en la gestión forestal.	245
5.6.3.	Consulta previa libre e informada.	245
5.6.4.	Equidad e inclusión social.	245
5.6.5.	Interculturalidad, conocimientos tradicionales y cosmovisión.	246
5.6.6.	Recursos forestales.	246
5.6.7.	Autorización de desbosque.	246
5.6.8.	Otorgamiento de títulos habilitantes en tierras de comunidades campesinas y nativas.	248
5.6.9.	Destino de los productos forestales decomisados.	249

5.6.10. Gestión forestal en comunidades nativas y comunidades campesinas.	249
5.6.10.1. Participación de las comunidades campesinas y comunidades nativas en la zonificación forestal.	253
5.6.10.2. Bosques en tierras de comunidades campesinas y comunidades nativas como parte de las unidades de ordenamiento forestal.	254
5.6.10.3. Títulos habilitantes en comunidades campesinas y comunidades nativas.	254
5.6.10.4. Obligaciones de las comunidades campesinas o comunidades nativas con títulos habilitantes.	255
5.7. El recurso hídrico.	256
5.7.1. La Ley de Recursos Hídricos.	257
5.7.2. Principios.	258
5.7.3. Patrimonio de la Nación.	259
5.7.4. Sistema nacional de gestión de los recursos hídricos.	259
5.7.5. Organizaciones de usuarios: Comunidades campesinas y nativas.	260
5.7.6. Derechos de uso de agua.	260
5.7.7. Otros derechos de uso de agua.	261
5.8. Caso Majes Siguan II etapa.	261
5.9. El medio ambiente.	263
5.9.1. Contaminación del medio ambiente.	264
5.9.2. Deber del Estado de proteger al medio ambiente.	264
5.9.3. Derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado.	265
5.10. La Constitución ecológica.	266
5.10.1. El derecho al medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.	267
5.11. Principios que rigen la relación entre la actividad económica y el derecho al medio ambiente.	269
5.12. El amparo y el derecho a un ambiente adecuado.	274

CAPITULO VI

PUEBLOS INDÍGENAS Y CONSULTA PREVIA

6.1.	Pueblos indígenas.	277
6.1.1.	Situación de los pueblos indígenas en el Perú.	279
6.1.2.	Pueblos indígenas y pueblos tradicionales.	281
6.1.3.	Los pueblos indígenas en el derecho internacional.	283
6.1.4.	EL Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.	287
6.1.5.	La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.	290
6.1.6.	Pueblos indígenas del Perú.	292
6.2.	Algunas consideraciones sobre la consulta previa.	295
6.2.1.	Introducción.	295
6.2.2.	El derecho a la consulta previa.	298
6.2.2.1.	Definiciones.	298
6.3.	Naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa.	299
6.4.	El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa.	301
6.5.	Elementos y características del derecho a la consulta.	302
6.6.	Principios.	303
6.7.	Materias sujetas a consulta previa.	304
6.8.	Finalidad de la consulta y diálogo intercultural.	306
6.9.	El derecho a la consulta no implica un derecho de veto.	308
6.10.	Pueblos indígenas u originarios a ser consultados.	311
6.11.	El estado único ente legítimo para efectuar la consulta previa.	314

CAPITULO VII

IDENTIDAD CULTURAL Y MULTICULTURALISMO

7.1.	El derecho a la identidad cultural.	319
7.1.1.	Definiciones sobre la identidad.	319
7.1.2.	Fuentes de identidad.	323
7.1.3.	El derecho a la identidad étnico – cultural.	324
7.1.4.	Definición.	326

7.1.5.	Características.	326
7.1.6.	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.	327
7.2.	El multiculturalismo en el mundo de hoy.	329
7.3.	Liberalismo y comunitarismo.	334
7.4.	Constituciones y multiculturalidad.	335
7.5.	Jurisprudencia constitucional.	338

CAPÍTULO VIII

PLURALISMO LEGAL, DERECHO Y JUSTICIA COMUNAL

8.1.	Pluralismo legal.	340
8.1.1.	El pluralismo clásico.	342
8.1.2.	El nuevo pluralismo legal.	343
8.1.3.	Otras clases de pluralismo legal.	344
8.1.4.	El pluralismo legal en el Perú.	344
8.2.	Derecho o sistema normativo indígena.	345
8.2.1.	Algunas definiciones.	348
8.2.2.	Un modelo para armar.	350
8.2.3.	El derecho de las comunidades campesinas.	354
8.3.	La justicia comunal en el Perú.	356
8.3.1.	Definición.	356
8.3.2.	Otras definiciones.	356
8.3.3.	El reconocimiento de la justicia comunal.	357
8.3.4.	Aplicación de la justicia especial.	359
8.3.5.	El Código Procesal Penal y la justicia especial.	360
8.3.6.	La Ley de Coordinación.	362
8.3.7.	Legislación comparada.	364
8.3.7.1.	Constitución Política de Colombia.	365
8.3.7.2.	Constitución Política de Bolivia.	366
8.3.7.3.	Constitución Política de Ecuador.	367
8.3.7.4.	Constitución de la República Boliviana de Venezuela.	368
8.3.7.5.	Declaración de las Nacionales Unidades sobre los derechos de los pueblos indígenas.	369

8.3.7.6.	Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.	369
8.3.8.	Aspectos a considerar en la ley de coordinación.	369
8.3.8.1.	Lo relativo a la competencia entre la jurisdicción especial y la ordinaria.	370
8.3.8.2.	La competencia por razón del territorio.	370
8.3.8.3.	Competencia material.	372
8.3.8.4.	Competencia personal.	374
8.3.9.	Las decisiones de la justicia especial y la cosa juzgada.	375
8.3.10.	Principios.	376
8.3.11.	Coordinación de la justicia de paz con actores de la justicia comunitaria.	377
8.3.12.	Los protocolos del Poder Judicial.	378
8.3.12.1.	Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia.	378
8.3.12.2.	Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que Involucren a Comuneros y Ronderos.	380
8.4.	El error culturalmente condicionado.	382
8.5.	Las rondas campesinas.	385
8.5.1.	Antecedentes.	385
8.5.2.	Régimen legal de las rondas campesinas.	387
8.5.3.	Personalidad jurídica.	388
8.5.4.	Clases de rondas.	389
8.5.5.	Fines de la ronda campesina o ronda comunal.	390
8.5.6.	Funciones de la ronda campesina y ronda comunal.	390
8.5.7.	Impartición de justicia por las rondas campesina.	391
8.6.	El Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 adoptado en el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República.	397
8.7.	El rondero ante el derecho penal.	399

CAPÍTULO IX

ANÁLISIS, DISCUSIÓN DE RESULTADOS Y PROPUESTA LEGISLATIVA

9.1.	Análisis estadístico.	402
9.2.	Discusión de los resultados.	402
9.2.1.	Objetivo general.	402
9.2.2.	Objetivos específicos.	405
9.2.2.1.	Objetivo N° 1: “Definir el concepto y el objeto del derecho de las comunidades campesinas”.	405
9.2.2.1.1.	Definición del derecho de comunidades.	405
9.2.2.1.2.	Objeto del derecho de las comunidades.	405
9.2.2.2.	Objetivo N° 2: “Desarrollar las características que tiene el derecho de las comunidades campesinas”.	406
9.2.2.3.	Objetivo N° 3: “Desarrollar los principios del derecho de las comunidades campesinas”.	413
9.2.2.4.	Objetivo N° 4: “Ubicar las fuentes del derecho de las comunidades campesinas”.	414
9.2.2.5.	Objetivo N° 5: “Establecer las relaciones del derecho de las comunidades campesinas con otras ramas del derecho”.	415
9.2.2.6.	Objetivo N° 6: “Hacer un desarrollo teórico – normativo de las instituciones que conforman el derecho de las comunidades campesinas”.	415
9.2.2.8.1.	El territorio comunal.	416
9.2.2.8.2.	Organización y funcionamiento del autogobierno comunal.	418
9.2.2.8.3.	Las comunidades campesinas y el derecho a los recursos naturales y el medio ambiente.	419
9.2.2.8.4.	La justicia comunal en el Perú.	420
9.2.2.8.5.	Propuesta de enmienda constitucional o de artículos que deben incorporarse a una nueva Constitución.	422
9.2.2.8.6.	Exposición de motivos.	423
9.2.2.8.7.	Análisis del costo beneficio	426

CAPÍTULO X

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

10.1. Conclusiones. 427

10.2. Recomendaciones. 430

XI. BIBLIOGRAFÍA. 432

XII. LINKOGRAFÍA. 438

RESUMEN

Se trata de una propuesta teórica original, cuyo desarrollo doctrinal y principista está orientado a demostrar en términos científicos que el derecho de las comunidades campesinas del Perú, antes comunidades indígenas, tiene su propio marco doctrinario, características y principios que lo identifican como una disciplina jurídica autónoma y diferente del derecho agrario, con el que tradicionalmente se le ha vinculado en una relación de género a especie.

Para tal efecto, a lo largo de este trabajo de investigación, nos hemos esforzado por definir el concepto y lo que es el objeto del derecho de las comunidades campesinas, así como las características que tiene; una de sus particularidades, es la de ser un derecho protector de los bienes y de la identidad étnica y cultural de los integrantes de las comunidades y otra, la de ser fundamentalmente un derecho de carácter estatutario; siendo el estatuto interno de cada comunidad aprobado en la Asamblea General de Comuneros, la principal fuente normativa de esta disciplina jurídica oriunda de estas latitudes.

A diferencia de lo que sucede con los estatutos de las asociaciones y de otras corporaciones privadas, cuyo carácter de fuente de derecho está en discusión, los estatutos de las comunidades campesinas, al ser cuerpos normativos autónomos, ajenos al sistema normativo del Estado, si tienen el carácter indiscutible de fuente del derecho de las comunidades, ya sea de las comunidades campesinas o de las comunidades nativas. La función normativa que ejercen estas organizaciones es una expresión de su autonomía la que está reconocida y garantizada por el artículo 89° de la Constitución.

También nos hemos ocupado de desarrollar lo que son los principios del derecho de las comunidades campesinas, los cuales responden al espíritu comunitario y a los valores ancestrales de solidaridad y ayuda mutua de las poblaciones autóctonas, en contraste con los valores que inspiran a otras

formas asociativas de carácter lucrativo y de esencia individualista. Estos principios que orientan el desenvolvimiento del derecho de comunidades, como disciplina jurídica autónoma, están contemplados en el artículo 3 de la Ley N°24656, Ley General de Comunidades Campesinas.

En lo que respecta a las fuentes del derecho de las comunidades campesinas, no podemos dejar de reconocer que aunque no lo parezca a primera vista, este derecho tiene como fuente axiológica y normativa a la Constitución, Ley Fundamental que cuenta con un régimen de derechos colectivos indígenas que configuran al Perú como un Estado multicultural, pluriétnico y multilingüe, que no solo reconoce la existencia de las comunidades campesinas y nativas, sino que también protege sus manifestaciones culturales.

Finalmente, hemos efectuado un desarrollo teórico-normativo de lo que son las instituciones que conforman el derecho de las comunidades campesinas. En este sentido, nos hemos ocupado de desarrollar los capítulos referentes al territorio comunal y hemos aclarado que en el derecho indígena del siglo XXI, en vez de tierra predomina el concepto de territorio, entendido como hábitat para el desarrollo económico y cultural de las comunidades y los pueblos indígenas. En otros capítulos hemos desarrollado todo lo concerniente a la organización del autogobierno comunal, los recursos naturales, la justicia comunal, etc.

Como corolario de nuestro estudio, hemos cuestionado la actitud equivocada del legislador constituyente que elaboró la Constitución de 1993, al ubicar a las comunidades campesinas y nativas en el Capítulo VI del Título III de dicha Constitución referente al Régimen Agrario, lo que de alguna manera asimila o confunde al derecho agrario con el derecho de las comunidades campesinas, atentando contra la autonomía de este último derecho, por lo que estimamos que en una reforma constitucional, se debe ubicar a las comunidades en el capítulo referente al Estado y la Nación, y que se reconozca

a las organizaciones comunales como entidades territoriales autónomas, como ya se ha hecho en las constituciones de Ecuador y Colombia.

Lambayeque, 5 de agosto del 2016.

ABSTRACT

This is an original theoretical proposal, whose doctrinal and principled development is aimed to demonstrate in scientific terms that the right of rural communities in Peru, before indigenous communities, has its own doctrinal framework, characteristics and principles that identify it as a legal discipline autonomous and different from the agrarian law, which traditionally has been linked in gender relationship to species.

To this end, throughout this research, we have endeavored to define the concept and what is the object of the right of rural communities and the features it has; one of its peculiarities, is to be a protector of property rights and ethnic and cultural identity of members of communities and the other, being essentially a right of statutory nature; It is the internal status of each community adopted at the General Assembly of Communards, the main legal source of this native legal discipline these latitudes.

Unlike what happens with the statutes of associations and other private corporations, whose status as a source of law is under discussion, statutes of, being autonomous regulatory bodies outside the state regulatory system rural communities, if they have the undisputed source of law character of communities, whether rural communities or indigenous communities. The regulatory function exercised these organizations is an expression of autonomy that is recognized and guaranteed by Article 89 of the Constitution.

We have also engaged in developing what are the principles of the right of rural communities, which respond to community spirit and traditional values of solidarity and mutual support of indigenous peoples, in contrast to the values that inspire other associative forms of essence lucrative and individualistic character. These principles guiding the development of the right of communities, as an autonomous legal discipline, are referred to in Article 3 of Law No. 24656, General Law of Peasant Communities.

With regard to the sources of law of peasant communities, we can not fail to recognize that although not apparent at first glance, this right has as axiológica source and regulations to the Constitution, Basic Law which has a collective rights regime Indians make up Peru as a multicultural State multilingual, multiethnic and that not only recognizes the existence of the peasant and indigenous communities, but also protects its cultural manifestations.

Finally, we have made a theoretical and regulatory development of what are the institutions that make up the right of rural communities. In this regard, we have engaged in developing the chapters communal territory and we have clarified that the indigenous law of the XXI century, instead of land dominates the concept of territory, understood as habitat for economic and cultural development of communities and native populace. In other chapters we have developed everything concerning the organization of communal self-government, natural resources, community justice, etc.

As a corollary of our study, we questioned the wrong attitude of the constituent legislator who drafted the 1993 Constitution, by placing the peasant and native communities in Chapter VI of Title III of the Constitution concerning the agricultural system, which somehow assimilates or confuses the agrarian law with the right of peasant communities, undermining the autonomy of the latter right, so we estimate that in a constitutional reform must be located communities in the chapter on the state and nation, and it recognizes community organizations as autonomous territorial entities, as has already been done in the constitutions of Ecuador and Colombia.

Lambayeque, August 5, 2016.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo es producto de mis reflexiones y de mi experiencia fugaz como asesor legal de una de las comunidades campesinas más antiguas y extensas de la costa peruana, la Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos, ubicada en la parte septentrional de la Región Lambayeque. El propósito fundamental que me anima es el de hacer una aproximación optimista al estudio del derecho de las comunidades campesinas, antes comunidades indígenas, a partir del convencimiento de que el objeto de nuestro estudio reúne todos los presupuestos y requisitos para ser considerado como una disciplina jurídica autónoma.

Somos conscientes de lo difícil que resulta alcanzar un objetivo como el que nos hemos impuesto, en un afán por rescatar esa vieja tradición jurídica indigenista que es propia de los pueblos autóctonos de la región andina, especialmente del Perú, Ecuador y Bolivia. Lamentablemente, en nuestro país, a las comunidades campesinas se les sigue considerando como si fuesen instituciones de derecho agrario; es por ello que las comunidades han sido incluidas dentro del Capítulo VI del Título III de la Constitución que corresponde al Régimen Agrario, lo cual como veremos en el desarrollo de este trabajo no es así.

El tratamiento legislativo que reciben las comunidades campesinas en el texto constitucional es inadecuado, no se reconoce su carácter multisectorial, al considerarlas como organizaciones netamente vinculadas a la actividad agropecuaria. El criterio de que las comunidades son nada más que un conjunto de familias campesinas afincadas al agro es inadecuado, por eso *mutatis mutandis*, en una nueva Constitución, se les debe reconocer como organizaciones integrales, ubicándolas ya no en el capítulo del Régimen Agrario, sino en el reservado al Estado, la Nación y el territorio.

El enfoque especializado y autónomo del derecho de las comunidades campesinas, se justifica no solo con fines didácticos, sino por la necesidad de estudiar las singularidades y características que diferencian a esta rama del derecho de las demás. Cualquier tipo de conocimiento científico necesita contar con su propio bagaje de conocimientos y con un lenguaje adecuado que le permita expresarse, definir su objeto de estudio y precisar las características que lo diferencian de otros saberes científicos.

El derecho, por más que se le niegue su carácter científico, no es ajeno a esta exigencia metodológica, la cual se hace extensiva a las distintas ramas jurídicas que lo conforman. Solo aquella rama del conocimiento jurídico que demuestre tener una indiscutible individualidad epistemológica puede ser reconocida como una disciplina jurídica autónoma.

A lo largo de este trabajo de investigación empleamos un lenguaje técnicamente apropiado que nos permite describir en forma sistemática y coherente el contenido del marco teórico y lo que constituye el objeto de estudio del derecho de las comunidades campesinas. Es tiempo ya de desarrollar planteamientos teóricos o doctrinarios que lleven la impronta o el sello inconfundible de ser un producto genuino y auténticamente peruano. Por ser herederos de una gran tradición indigenista debemos ser pioneros en lo que se refiere a la construcción dogmática del derecho de comunidades.

La Ley N° 24656, llamada Ley General de Comunidades Campesinas incorpora por primera vez unos principios generales aplicables a las comunidades campesinas; además responde a una técnica y sistemática propias. Lamentablemente, hasta ahora, la falta de un adecuado enfoque metodológico ha hecho que la legislación especial sobre esta materia de remoto origen colonial, carezca de una disciplina orgánicamente estructurada sobre la base de tales principios.

Nosotros nos ocupamos aquí de analizar y describir el derecho de las comunidades campesinas, tal como es actualmente, con sus características y sus principios. En este sentido, nos apartamos de aquellas especulaciones teóricas o de aquella visión idílica del indigenismo postmodernista que concibe al derecho de las comunidades campesinas como sinónimo de un supuesto derecho consuetudinario indígena.

Como lo explicamos a lo largo de este trabajo, el derecho de las comunidades campesinas es predominantemente escrito, el estatuto interno de cada comunidad, documento aprobado por la asamblea comunal se erige en la principal fuente de este derecho. En la actualidad el derecho consuetudinario indígena solo se aplica en el ámbito de los conflictos (justicia comunal), fuera de ese ámbito ya casi no existe ese tipo de costumbre jurídica.

No sé si valga la pena este esfuerzo, en todo caso responde al anhelo personal de dejar de lado la timidez que existe entre nosotros, cuando se trata de dar a conocer nuestros puntos de vista o de formular propuestas creativas sobre determinados aspectos de la ciencia jurídica, al considerar que todo está dicho y no hay nada que aportar. Lo que abunda en librerías y bibliotecas son compendios de legislación y estudios sobre comunidades campesinas efectuadas por historiadores, sociólogos, antropólogos y hasta economistas, pero la literatura jurídica sobre el tema escogido en este trabajo de investigación es prácticamente nula. El desarrollo de esta nueva disciplina debe marcar un hito en el acontecer jurídico nacional. El presente trabajo es simplemente un comienzo, esperamos que sirva como derrotero para alentar la realización de futuras investigaciones.

Esta investigación responde a un diseño descriptivo – explicativo causal; este último diseño busca determinar y conocer las causas o variables que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto social. El método de investigación descriptivo explicativo, describe y explica el fenómeno, llevándonos al conocimiento de la realidad para identificar principios

y características, así como el logro de conocimientos necesarios para propiciar acciones que promueven cambios legislativos que respondan a la realidad jurídica actual de las comunidades campesinas.

En el primer capítulo de este trabajo, desarrollamos todo lo referente a los aspectos dogmáticos y principios de lo que a nuestro juicio vendría a ser el derecho de las comunidades campesinas, entendido como una disciplina jurídica autónoma, describiendo para tal efecto, las características de este derecho, sus principios, sus fuentes, sus relaciones con otras disciplinas jurídicas, etc. El eje central de este trabajo de investigación lo constituye la comunidad campesina, sin un análisis, previo de esta organización ancestral del Perú prehispánico y colonial, no nos hubiera sido posible ensayar una definición de lo que es el derecho de las comunidades campesinas.

En los capítulos siguientes hacemos una descripción de las instituciones jurídicas que conforman el derecho de las comunidades campesinas, que a partir de un enfoque exclusivamente sociológico, antes eran consideradas como elementos de una comunidad campesina, entre ellos, el territorio comunal, lo relativo a la organización (órganos de gobierno comunal), la personalidad jurídica, el padrón comunal, los derechos y deberes de los comuneros, etc.

El autor

CAPÍTULO I

SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

1.1. Aspectos de la problemática.

1.1.1. Realidad problemática.

El problema que se investiga corresponde al área del derecho constitucional, y tiene que ver con el Capítulo VI del Título III de la Constitución Política del Estado vigente desde 1993, sobre el Régimen Agrario, porque es ahí donde inicialmente se identifica la problemática y ello ha conllevado a plantear la relación probable con la variable autonomía del derecho de las comunidades campesinas.

1.1.2. Planteamiento del problema.

Al derecho de las comunidades campesinas o indígenas tradicionalmente se le ha considerado como una parte del derecho agrario. La Constitución peruana se ocupa de las comunidades campesinas y de las comunidades nativas en el Capítulo VI del Título III referente al Régimen Agrario. Sin embargo, esta visión agrarista del legislador constituyente de 1993 no concuerda con la realidad. Es preciso señalar que no todas las actividades y relaciones de las comunidades caen bajo la órbita del derecho agrario.

Los representantes de los pueblos indígenas, han venido reclamando que se incluya en una nueva Constitución un capítulo especial dedicado especialmente a ellos, donde el Estado les reconozca su existencia legal, sus tradiciones y costumbres, que se respeten sus conocimientos colectivos, la propiedad de sus tierras, etc. Reclaman también la reforma del artículo 89º de la Constitución vigente, para que estos pueblos sean reconocidos como entidades territoriales y como tales integrar la organización

política administrativa del Estado peruano. Esta suprema aspiración de los pueblos y comunidades indígenas peruanas, es algo que ya ha sido incorporado en las constituciones de algunos países de Sudamérica, como las de Ecuador y Colombia¹.

El tratamiento legislativo que reciben las comunidades campesinas en el texto constitucional es inadecuado, no se les reconoce su carácter multisectorial, al considerarlas como organizaciones netamente vinculadas a la actividad agropecuaria. El criterio de que las comunidades son nada más que un conjunto de familias campesinas afincadas al agro es anticuado, por eso *mutatis mutandis*, en una nueva Constitución, se les debe reconocer como organizaciones integrales, ubicándolas ya no en el capítulo del régimen agrario, sino en el reservado al Estado, la Nación y el territorio.

Esta inquietud no es nueva, se puso de manifiesto durante los debates que antecedieron a la elaboración de la Constitución de 1993 por el Congreso Constituyente Democrático; en aquella oportunidad, los representantes de las comunidades campesinas y de las comunidades nativas presentaron propuestas de texto constitucional alternativo sobre comunidades².

¹ La Constitución de Ecuador, en su artículo 224° establece: “El territorio del Ecuador es indivisible. Para la administración del Estado y la representación política existirán provincias, cantones y parroquias. Habrá circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas que serán establecidas por la ley”. En la Constitución de Colombia, el Art. 286°, señala: “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas...” Y, el Art. 329° “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, con participación de los representantes de las comunidades indígenas previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La Ley definirá la relación y las coordinaciones de estas entidades con aquellas de las cuales forman parte”.

² En el Encuentro Nacional de Comunidades Campesinas y Nativas, realizado en la Capital de la República, días antes del referéndum sobre la nueva Constitución Política, el representante de las comunidades campesinas Pedro Alva Mariñas, hizo mención a uno de los puntos de su propuesta en estos términos: “Se menciona también que son organizaciones dedicadas a actividades multisectoriales. Ello se condice con la actividad diversificada de sus integrantes que no son solo agropecuarias y que pueden perfectamente involucrar ámbitos mucho más amplios que la comunidad. La idea de que las comunidades son simples agrupaciones de campesinos no es pues correcta”. Por su parte, el expositor encargado del tema de las comunidades nativas Guillermo Ñeco, integrante de los Ashaninkas, en una de sus propuestas dijo: “Que las comunidades nativas y su representación nacional debe ser incluida como parte del Estado y no solo como productores agrarios”. Revista N. 3 del Instituto de Desarrollo Regional (INDER), Chiclayo – Perú, 1996, p. 40. En esto también coincide Guillermo Figallo Adrianzén, quien

En el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución de 1993 (texto para el debate), elaborado de conformidad con la Ley N° 27600, que fue divulgado el 5 de abril del 2002 por la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República del Perú, en el Título II del Estado, la Nación y el Territorio, Capítulo VI se incluye como anexos tres propuestas que se hicieron llegar a la citada comisión, que no alcanzaron a ser debatidas y que se refieren a los derechos de los pueblos andinos, amazónicos y comunidades indígenas y poblaciones afroperuanas.

Al margen de las propuestas de modificación constitucional que se han hecho y que tendrán que hacerse en el futuro, el desarrollo de las actividades multisectoriales en las comunidades, es algo que ya se encuentra contemplado en el artículo 2º de la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas. Estas actividades, aparte de las agropecuarias, comprenden la explotación de yacimientos mineros, la pesca, apicultura, textilería, orfebrería, artesanía, turismo, servicios, etc³.

Es a partir de esta nueva realidad económica y social que las comunidades indígenas se liberan de los viejos moldes jurídicos que las aprisionaban con el derecho agrario y empiezan a mostrarse en toda su plenitud y autonomía, reclamando el lugar que les corresponde, respaldadas por una larga tradición indigenista puesta de manifiesto en los diferentes períodos de nuestra historia.

considera oportuno indicar que “las Comunidades Campesinas no son entidades o personas jurídicas dedicadas exclusivamente a las actividades agropecuarias, pues las hay que realizan otras actividades exclusivamente económicas y no como algunos autores y legisladores erróneamente las consideran, pues constituyen “organizaciones estables de interés público cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio para beneficio general y equitativo de sus miembros promoviendo su desarrollo integral”. “Origen, exclusión y reafirmación de las Comunidades Campesinas del Perú”, Editorial San Marcos, 2007, p 287”.

³ En la costa peruana, algunas comunidades campesinas como la de Mórrope se dedica a la explotación de yeso y sal, otras como la de San José a la pesca. En Sechura-Piura, la comunidad tiene previsto y ha sido autorizado por ley para incursionar en la explotación de los fosfatos de Bayovar, en sociedad con inversionistas extranjeros.

1.1.3. Formulación del problema.

¿Es verdad que con la inclusión de las comunidades campesinas dentro del Capítulo VI del Título III de la Constitución el legislador constituyente ha desconocido la autonomía que tiene el derecho de esas comunidades, al considerar a estas colectividades como instituciones de derecho agrario?

1.2. Justificación e importancia del estudio.

El estudio que es materia del presente informe de investigación se justifica por los siguientes motivos.

1.2.1. Justificación práctica.

Esta investigación se realiza porque existe la necesidad de demostrar científicamente que el derecho de las comunidades campesinas, reúne todas los presupuestos y requisitos para ser considerado como una rama autónoma del derecho y, demostrar que se atenta contra dicha autonomía al incluir el legislador constituyente a las comunidades campesinas dentro del régimen agrario de la Constitución considerándolas como instituciones de derecho agrario, criterio tradicional que en los últimos años ha sido severamente cuestionado.

1.2.2. Justificación metodológica.

El tipo de investigación descriptiva explicativa que empleamos, no solo busca describir conceptos (variables) o el fenómeno objeto de estudio, en base a los datos obtenidos de la información seleccionada, sino que también busca explicar desde un punto de vista teórico como se manifiesta el fenómeno y cómo se relacionan las variables que están en relación de causa a efecto.

1.2.3. Justificación teórica.

El resultado de ésta investigación podrá sistematizarse con mayor amplitud y perfeccionamiento para luego ser incorporado al campo gnoseológico de la ciencia jurídica, ya que se estaría demostrando la relación causal que existe entre las variables que son objeto de estudio.

1.3. Objetivos de la investigación.

1.3.1. Objetivo general.

Determinar si es verdad que al incorporarse a las comunidades campesinas dentro del Capítulo VI del Título III de la Constitución se ha desconocido la autonomía que tiene el derecho de esas comunidades, al ser consideradas como instituciones de derecho agrario y ver si ello amerita un tratamiento legislativo distinto (enmienda constitucional).

1.3.2. Objetivos específicos.

- Definir el concepto y el objeto del derecho de las comunidades.
- Desarrollar las características que tiene el derecho de las comunidades campesinas para ser considerado como una rama jurídica independiente del derecho agrario.
- Desarrollar los principios del derecho de las comunidades campesinas.
- Ubicar las fuentes del derecho de las comunidades campesinas.
- Analizar las relaciones del derecho de las comunidades campesinas con otras ramas del derecho.
- Hacer un desarrollo teórico – normativo de las instituciones que conforman el derecho de las comunidades campesinas.
- Elaborar una propuesta legislativa de enmienda constitucional relacionada con el Capítulo VI del Título III de la Constitución Política del Perú.

1.4. Hipótesis.

1.4.1. Formulación de la hipótesis.

Las comunidades campesinas han sido incluidas dentro del Capítulo VI del Título III de la Constitución sobre el Régimen Agrario, y, por lo tanto es verdad que con ello el legislador constituyente ha desconocido la autonomía que tiene el derecho de las comunidades campesinas, al considerarlas como instituciones del derecho agrario.

1.5. Identificación de variables.

1.5.1. Variable independiente.

El Capítulo VI del Título III de la Constitución.

1.5.2. Variable dependiente.

La autonomía del derecho de las comunidades campesinas.

1.5.3. Indicadores.

Son indicadores de la variable dependiente los siguientes:

- Derecho agrario.
- Derecho de las comunidades campesinas.
- Objeto de estudio.
- Características.
- Principios.
- Fuentes.
- Relación con otras ramas del derecho.

1.6. Marco metodológico.

1.6.1. Diseño y método de investigación.

1.6.1.1. Diseño de investigación.

Corresponde al diseño descriptivo – explicativo causal (este último diseño busca determinar y conocer

las causas o variables que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto social).

1.6.1.2. Método de investigación.

Se empleará el método científico como método general y como específico el método de investigación descriptivo explicativo (describe y explica el fenómeno, llevándonos al conocimiento de la realidad para identificar características y principios, así como el logro de conocimientos necesarios para propiciar acciones que promuevan cambios legislativos que respondan a la realidad jurídica actual de las comunidades.

1.7. Diseño de contrastación de la hipótesis.

Se empleará el método de contrastación por documentación (se compara el enunciado hipotético con una fuente de información escrita pertinente para por vía de inferencia, es decir, a través del método inductivo y del método deductivo concluir sobre la verdad o falsedad del enunciado).

1.8. Técnicas para el procesamiento y análisis de los datos.

1.8.1. Técnicas de análisis.

En cuanto a la técnica de análisis del contenido hemos seguido los siguientes pasos:

- a) Delimitación del material que será materia de estudio.
- b) Establecimiento de las unidades de análisis (Constitución, proyectos de ley, doctrina y legislación comparada y jurisprudencia seleccionada por criterio).
- c) Determinación de las categorías de análisis, tomando en cuenta las variables e indicadores.
- d) Consolidación y análisis cualitativo de la información.

- e) Contrastación de la información teórica lograda a través del desarrollo del trabajo de investigación con la hipótesis.

1.9. Análisis de datos.

Dado que el desarrollo del tema problema investigado se desenvuelve en un plano estrictamente teórico - normativo en este caso no hay ningún análisis estadístico de datos.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del problema.

Lo que abunda en librerías y bibliotecas son compendios de legislación y estudios sobre comunidades campesinas efectuado por historiadores, sociólogos, antropólogos y hasta por economistas, pero la literatura jurídica sobre el tema escogido es prácticamente nula. Es decir, hasta ahora no se ha hecho un desarrollo doctrinario y sistemático de lo que es o debe ser el derecho de las comunidades campesinas.

2.1.1. Antecedentes generales.

- a) Hildebrando Castro Pozo publicó en 1924 “Nuestra comunidad indígena”, pero este trabajo a nuestro juicio incide más en el aspecto sociológico e histórico de la comunidad que en el aspecto jurídico. Sin embargo, no por ello deja de ser un estudio interesante. En todo caso, ha servido como derrotero para alentar la realización de nuevas investigaciones sobre comunidades indígenas.

- b) De suma importancia resulta también el trabajo desarrollado por Román Robles Mendoza, publicado por el Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos sobre legislación peruana de comunidades campesinas. En este trabajo su autor empieza haciendo una breve referencia del derecho colonial y las leyes de indias; luego hace un recuento total de las normas sobre comunidades legisladas durante la República. Se mencionan aquí los decretos del Libertador Simón Bolívar, entre ellos cabe destacar el Decreto Supremo del 8 de abril de 1824. Este Decreto abrió paso a la privatización de las tierras comunales y puso a las comunidades al borde de la

disolución. Pero, como muy bien señala el autor de dicha publicación, el común de indios no se disolvió, resistió con sagacidad y estoicismo.

2.1.2. Antecedentes específicos.

- a. “El debate agrario en la Constituyente (1979)” Ediciones Populares César Benavides, describe los pormenores de los debates que precedieron a la aprobación de la Constitución de 1979. Considera que esta nueva Carta Política no compromete al Estado como garante de la integridad territorial de las comunidades y abre el camino a la disolución de la propiedad comunal con acuerdo de los dos tercios de sus miembros. No reconoce a las autoridades elegidas en las comunidades, pues, en los capítulos sobre estructura del Estado, ni siquiera se les menciona.
- b. “Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución (texto para el debate)”, 5 de abril del 2002. Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, Congreso de la República. En este ante proyecto se incluye la propuesta de un capítulo referente a los derechos de los pueblos andinos, amazónicos, y poblaciones afroperuanas. Esta definición nos parece inadecuada, pues excluye a las poblaciones indígenas costeñas, más apropiado resulta hablar de pueblos indígenas y poblaciones afroperuanas en general.

En la referida propuesta alcanzada por los congresistas Luis Guerrero Figueroa y Martha Moyano, integrantes de la Comisión Nacional de Pueblos Andinos y Amazónicos, se define a las comunidades indígenas como organizaciones de interés público, con existencia legal, personería jurídica, autonomía de gobierno y administración de sus territorios. Se

establece que el territorio y las tierras de los pueblos indígenas son inalienables e imprescriptibles.

- c. “Desarrollo comunal en la era global. Derecho indígena en el siglo XXI”, Paulina Arpasi Velásquez, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2005. Incluye un conjunto de temas y propuestas elaboradas por especialistas para la renovación democrática de la legislación sobre comunidades campesinas, comunidades nativas y pueblos indígenas. En la tercera parte figura el Anteproyecto de Ley de Comunidades Campesinas, Comunidades Nativas y Pueblos Indígenas en situación de aislamiento voluntario.

En este anteproyecto, se define también a las comunidades campesinas como organizaciones comunales de interés público, con existencia legal y personalidad jurídica, integradas por familias que habitan y controlan un territorio, ligadas generalmente por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua y el desarrollo de actividades agropecuarias y multisectoriales asentadas predominantemente en la costa y sierra.

- d. “Origen, exclusión y reafirmación de las comunidades campesinas del Perú”, Guillermo Figallo Adrianzén. Editorial San Marcos, Lima, 2007. En este trabajo el autor repasa el origen de las comunidades campesinas en el Perú y analiza en detalle su evolución en el ámbito jurídico, destacando su persistencia en el tiempo a pesar de las agresiones físicas y culturales que han sufrido por años. Buscando ayudar a la comprensión del pasado, presente y el futuro de las comunidades, este libro ofrece un extenso estudio de sus

estructuras orgánicas internas, así como también del reconocimiento que hacen de ellas las diferentes constituciones.

Figallo se ocupa igualmente de analizar los elementos que conforman las comunidades campesinas; destaca en este aspecto su estudio sobre el elemento patrimonial “tierras o territorio”. A la hora de determinar sobre cuál es la naturaleza jurídica de las comunidades, que de todas maneras oscila entre lo público y lo privado, el ex presidente del Tribunal Agrario, en vez de optar por la *summa divisio* del derecho, se inclina más bien por la existencia de un *tercium gens*, situado autónomamente como una zona intermedia entre el derecho público y el derecho privado, es decir, por una suerte de derecho social, con el cual al parecer identifica a la organización comunal, en tanto “sujeto privado de interés público”⁴.

Aun cuando este autor no alcanza a esbozar una propuesta metodológica de lo que es o lo que debería ser el derecho de las comunidades campesinas, el suyo representa a nuestro modo de ver las cosas, el más serio esfuerzo por aproximarse aunque con cierta dificultad al logro de una conceptualización dogmática de este derecho

2.2. Base teórica.

En el caso peruano, las comunidades campesinas o comunidades indígenas son formas de organización de los pueblos originarios, tienen como antecedentes a las reducciones de indios del virreinato. Estadísticas recientes revelan que hay en el territorio nacional 6,069 comunidades campesinas. Los pueblos indígenas son pueblos originarios, tienen

⁴ FIGALLO ADRIANZEN, Guillermo, op. cit. pp.10-12

derechos anteriores a la organización del Estado; mantienen su propia identidad cultural, se desenvuelven en un determinado espacio o territorio y se les reconoce como tales, en atención al carácter pluricultural, pluriétnico y multilingüe de la nación peruana.

El 27 de junio de 1989 se aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Este instrumento consagra el respeto a las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas originarios y tribales. Se le reconoce su derecho a coexistir simultáneamente con los sectores sociales que han alcanzado mayores niveles de desarrollo y de modernidad en los países independientes, y en tal sentido conservan sus instituciones y su identidad cultural, pero no gozan de facultades para autodeterminarse como pueblos al margen del Estado al que pertenecen.

2.2.1. Derecho consuetudinario o sistema normativo indígena.

Se dice que por ser el Perú, al igual que Bolivia, Ecuador y Colombia, una nación pluricultural, pluriétnica y multilingüe, existen dos sistemas jurídicos distintos: uno de origen estatal en el que impera la norma positiva y otro al que se le ha denominado sistema normativo indígena. El primero se caracteriza, además de su obligatoriedad por ser eminentemente escrito y, el segundo por ser de origen no estatal, fundado en la costumbre y la oralidad, pero también con efectos vinculantes en un espacio y tiempo dados. Los que defienden esta tesis, hablan de un pluralismo legal en oposición a la teoría monista del derecho y del Estado, que se identifica con el etnocentrismo.

Sin embargo, los esfuerzos desplegados hasta ahora por algunos estudiosos empeñados en explicar el derecho indígena desde la Teoría General del Derecho no son muy alentadores. Posiblemente, esto se debe a que se trata de un derecho que se caracteriza por su informalidad y por ser de una etiología distinta a

la del derecho legislado por los órganos del Estado⁵. A pesar de ello, el reconocimiento del pluralismo jurídico ha tenido acogida en las constituciones y en la legislación de varios países de Iberoamérica.

En el régimen constitucional de nuestro país, lo que hay es un tipo de pluralismo jurídico en el que, al lado del derecho estatal coexiste el derecho consuetudinario de las comunidades campesinas y de las comunidades nativas, pero este último derecho aparece con evidente subordinación al primero y, en la mayoría de los casos, sólo tiene un carácter supletorio, pues, en la actualidad son pocas las costumbres jurídicas que están fuera de la regulación legal del Estado. A esto se le ha denominado “pluralismo jurídico débil”⁶.

Ahora bien, el hecho de que se reconozca la existencia del derecho consuetudinario indígena al interior de las comunidades campesinas y comunidades nativas, no quiere decir que todo se reduce a una pura costumbre autoregulatoria de la vida comunal, porque actualmente dichas organizaciones se rigen por las leyes y reglamentos dictados por el Estado, sin desdeñar sus propios estatutos y los acuerdos que se adoptan en las asambleas generales de comuneros. En la actualidad el derecho consuetudinario indígena sólo se aplica en el ámbito de los

⁵ LÓPEZ BARCENAS es uno de aquellos que considera que los sistemas normativos indígenas responden a una racionalidad distinta a la del Derecho legislado, y que no es posible explicar los sistemas normativos indígenas a partir del esquema del Derecho positivo, sino del realismo postulado por H.L. HART, quien construye el sistema jurídico a partir de la clasificación de las reglas o normas en primarias y secundarias, subdividiendo estas últimas en reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación. Cfr. PEÑA JUMPA Antonio, CABEDO MALLOL, Vicente y LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, pp. 200-201.

⁶ “Aunque el pluralismo legal es un rango universal de la organización social, su intensidad varía. Los casos de pluralismo legal “fuerte” son aquellos en donde no todo el Derecho es estatal ni se encuentra administrado por un conjunto único de instituciones estatales. En contraste, los casos de pluralismo legal “débil” se producen cuando, dentro del marco del centralismo legal, el Estado “dieta distintos cuerpos de ley para los diferentes grupos de población. Aquí los segmentos sociales están definidos por algunos rasgos salientes como etnicidad, religión o nacionalidad y son atribuidas a los grupos por las autoridades estatales y por las fuerzas dominantes en la sociedad” Griffiths, John What is legal Pluralism?, citado por GUEVARA, Armando y THOME, Joseph, en Apuntes sobre el pluralismo legal, *Ius et veritas*, revista editada por estudiantes de Derecho de la PUCP, año IX N° 19, 1999, p. 294.

conflictos (justicia comunitaria), fuera de ese ámbito ya casi no existe ese tipo de costumbre jurídica.

2.2.2. Derecho de las comunidades campesinas o comunidades indígenas.

¿Existe un derecho de las comunidades campesinas? La respuesta a esta interrogante es del todo afirmativa para nosotros. En el Perú, las comunidades campesinas y las comunidades nativas gozan de un estatuto jurídico especial que tutela el interés colectivo con normas de derecho público, que se anteponen al interés particular. Desde el punto de vista de la ciencia jurídica, el derecho de las comunidades indígenas podría ser catalogado como una disciplina en formación, pero estamos en condiciones de afirmar que reúne los presupuestos objetivos de independencia y autonomía, porque, no solamente está compuesto por normas jurídicas, sino también por principios. Posee un marco teórico y rasgos característicos que lo distinguen de otras disciplinas jurídicas.

La delimitación del marco teórico y conceptual, es lo que nos permite separar a esta nueva disciplina de otras como el derecho agrario, con el que originariamente se le vinculaba en una relación de género y especie.

El artículo 134º del Código Civil, señala que las comunidades campesinas y nativas están reguladas por legislación especial. Casi a fines de la primera mitad del siglo pasado, M. Abastos⁷ habló de la necesidad de contar en nuestro país con una legislación especializada en el tema indígena. Recién a raíz de la Ley de Reforma Agraria, el año 1970 se promulgó el Decreto Supremo N° 37-70-A, Estatuto Especial de Comunidades

⁷ ABASTOS, Manuel G. “Necesidad de una legislación especial indígena”, en Asuntos Indígenas del Perú, Ministerio de Justicia y Trabajo, 1, vol 1, Lima, 1948.

Campesinas. Después en 1974 se dio el Decreto Ley N° 20653, Ley sobre Comunidad Nativas y de Promoción Agropecuaria de la Región Selva y Ceja de Selva.

Los principios y normas que forman parte del derecho de las comunidades campesinas están previstos en la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas y sus reglamentos. Con esta ley, la comunidad campesina modificó su estructura orgánica y amplió su horizonte económico, evolucionando hasta dejar de ser una organización de base estrictamente agraria.

2.2.3. ¿Qué son las comunidades campesinas?

No se puede formular una definición del derecho de las comunidades, si antes no se tiene una noción cabal de lo que es una comunidad campesina, ya que esto a su vez permite delimitar el objeto de estudio de este derecho y establecer sus características. Para el autor de éste trabajo, las comunidades campesinas son minorías organizadas y con representatividad, caracterizadas por la coexistencia y el compromiso de unidad de sus integrantes. Se rigen por un conjunto de normas estatales y por normas propias, cuya especialidad responde a una lógica intrínseca a la organización comunal; pero como se trata de grupos sociales históricamente marginados y vulnerables, necesitan de la protección del Estado para preservar su identidad cultural y subsistir como entes colectivos autónomos en un determinado territorio.

2.2.4. Otras definiciones.

El Decreto Supremo N° 37-70-A, Estatuto Especial de Comunidades Campesinas, trató de tecnificar y transformar a las comunidades en cooperativas. Fiel a la concepción agrarista inspirada en la Ley de Reforma Agraria, el referido estatuto en su

artículo 2º señala que “La Comunidad Campesina es una agrupación familiar que posee y se identifica con un determinado territorio y que están ligadas por rasgos sociales y culturales comunes, por el trabajo comunal y la ayuda mutua y básicamente por las actividades vinculadas al agro”.

El Código Civil peruano, considera a las comunidades campesinas y nativas como “organizaciones tradicionales estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral. Están reguladas por legislación especial” (Art. 134º).

En opinión de Fernández Sessarego. “Es importante anotar que el artículo 134º ensaya una definición de las comunidades campesinas y nativas en las que se alude a su dimensión existencial, sociológica y valorativas. Al describirlas en la primera de dichas perspectivas, como organizaciones de personas, destaca sus notas de estabilidad y tradición y del interés público que ellas comportan. Al referirse a sus fines valiosos exalta la inspiración solidaria que preside la actividad de los miembros de la comunidad”⁸.

El artículo 2º de la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas contiene la siguiente definición: “Las comunidades son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el

⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las Personas, Cuarta edición, Cultural Cuzco S.A pp. 241-242.

desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país”.

La nueva Ley General de Comunidades Campesinas reconoce el carácter multisectorial de las actividades que desarrollan estas organizaciones y, por lo tanto se aparta de aquella visión estrecha y anticuada que concibe a las comunidades como grupos de personas con vínculos comunes dedicados exclusivamente al agro.

2.2.5. Origen de las comunidades campesinas.

Las comunidades indígenas, ahora llamadas comunidades campesinas, no son entes jurídicos creados por ley; no nacen ni mueren por decreto, se trata de entidades sociológicas de remoto origen histórico. Su reglamentación por la ley no modifica su naturaleza, sino que permite su inserción en una estructura jurídica - política determinada. La inscripción de las comunidades en los registros públicos es un acto formal no constitutivo, les confiere personería jurídica; esto es, capacidad legal para que puedan adquirir derechos y contraer obligaciones independientes y distintas a las de las personas naturales que las integran.

Sobre el origen histórico de las comunidades, como anota Figallo⁹, existen dos tesis: la tesis indigenista y la tesis hispanista. La primera de ellas considera que las comunidades tienen una indiscutible raigambre prehispánica, es decir, serían derivaciones de los ayllus que existían en la civilización andina. En cambio, los que suscriben la tesis hispanista, sostienen que las comunidades indígenas no son creaciones genuinas nacidas del ayllu incaico, sino más bien un producto colonial inspirado en las “reducciones o

⁹ FIGALLO ADRIÁNZEN, Guillermo. Origen, exclusión y reafirmación de las Comunidades Campesinas del Perú, op. cit. pp. 29-30.

pueblos” o “común de indios”, implantadas por los conquistadores españoles, a partir de 1570, durante la gestión del virrey Toledo¹⁰.

Al lado de estas dos tesis, existe una tercera posición, a la que llamaremos mixta y con la que nos identificamos. De acuerdo con esta última tesis, las comunidades son híbridos resultantes de la fusión o de la amalgama transcultural de los remanentes del ayllu con la comuna ibérica existente en el mundo rural hispánico en el siglo XVI. Según Matos Mar “... cualquiera sea el punto donde uno se sitúe, encontrará indudablemente como antecedentes tanto al ayllu andino como a la comuna ibérica. La manera específica como ambas instituciones, a partir del siglo XVI, intervinieron en su constitución, así como en su proceso histórico, no está suficientemente esclarecida y requiere todavía un análisis más sistemático, aun cuando no cabe duda que el ayllu fue el núcleo de su estructura y la comuna el patrón externo de referencia que la hizo posible”¹¹.

“Las reducciones” o “común de indios”, no eran otra cosa que pueblos indígenas organizados por las autoridades del virreinato a la usanza española. Estos pueblos originarios ocuparon las tierras que habían sido de los ayllus. Generalmente se situaban en valles o lugares adyacentes a algún río u otra fuente de agua. Esta clase de circunscripciones o agrupamientos de indios, les permitieron a

¹⁰ FUENZÁLIDA VOLLMAR, Fernando, es uno de aquellos que sostiene que “La comunidad de indígenas peruana, es un producto de la conquista. Su constitución implica la disrupción de un sistema más antiguo de relaciones campesinas y su reorientación hacía las metas impuestas por los gobernantes coloniales. Esas metas incluyen a nivel económico, la organización de la población incaica en unidades fácilmente manejables capaces de proveer al país con mano de obra y abastecimientos, y de pagar por su propia administración; a nivel político, el mantenimiento de un campesinado libre cuya única lealtad está dirigida a la Corona, la cual limita de ese modo el crecimiento de un peligroso poder feudal entre los conquistadores; a nivel ideológico, la difusión de la religión y valores por los cuales la conquista fue racionalizada; a nivel social, el mantenimiento de fronteras netamente demarcados entre los gobernantes coloniales y el campesinado indígena sometido. *La reducción o común de indios*, más tarde llamada *comunidad*, fue la institución creada para satisfacer todos esos requerimientos. “Estructura de la comunidad tradicional”, en Hacienda, comunidad y campesinado en el Perú, IEP, op. cit, pp. 224-225.

¹¹ MATOS MAR, José. “Comunidades indígenas del área andina”, en Hacienda, comunidad y campesinado en el Perú, Instituto de Estudios Peruanos, 1976, p. 182.

los españoles controlarlos y reclutarlos como mano de obra para las minas y obrajes; a la par que ello les facilitó el cobro de tributos, las labores de adoctrinamiento religioso, etc.¹².

Por ejemplo, respecto a las comunidades indígenas aimaras de Puno, descendientes de pueblos originarios como los lupakas, collas y uros, Pajuelo señala que “El Altiplano aimara fue una encomienda real durante la colonia. Por ello los indígenas pudieron mantener el control de sus tierras a pesar de la dominación colonial. Esto permitió que no se instaure un régimen de propiedad terrateniente, como el que existió en la zona quechua hasta que se aplicó la reforma agraria”¹³.

Como indica el historiador lambayecano Alfonso Samamé “en una reducción de indígenas no se redactaba acta de fundación. En la actualidad solo se conoce el decreto de reducción de Olmos, desconociéndose los documentos históricos sobre la fundación de otros pueblos indígenas de la Costa Norte”¹⁴. Veamos a continuación cómo se redactaba ésta clase de disposiciones:

**Decreto sobre la Fundación Indígena de Olmos:
1573.**

“Bernardino de Loaiza, Visitador General de los partidos de San Miguel de Piura, Guayaquil i Puerto Viejo de su Magestad i el excelentísimo señor don Francisco de Toledo, su virrei i capitán general de estos reinos i gobernador del Perú en su real nombre: al corregidor, justicia y regimiento de la ciudad de San Miguel de Piura y a vos los alcaldes de Indios y a los encomenderos, casiques i principales que sois i fuéredes del pueblo de Olmos y Sontovelico i a todos los Españoles, Indios de cualquier calidad i condición que sean

¹² FIGALLO, op. cit. p. 59

¹³ PAJUELO TEVES, Ramón. “Los aimaras no son una amenaza”. Entrevista concedida a Domingo suplemento del diario La República, 3.7.2011, p. 8.

¹⁴ SAMAMÉ RODRÍGUEZ, Alfonso. “438 años de fundación española de Olmos”, suplemento dominical del diario La Industria de Chiclayo, 26.7.2011, pp. 8 – 9.

a quien los de su uso contenido atañe y atañer puede, sabed, que por las provisiones que su magestad sobre este caso tiene dadas.

I por la que al presente su Excelencia el dicho señor Virrei ha proveído en esta visita general, una de las cosas que más encarga a los visitadores es, que los pueblos de indios que están divididos i apartados por la provincia, se junten y reduzca en pueblos grandes, donde pueden ser comunicados i se les estorben las idolatrías, vicios y malas costumbres que de ellos se conocen, y resida con ellos sacerdote, que los doctrine e industrie en las cosas de nuestra santa fe católica, les enseñe a vivir en policía i buen orden. Por lo tanto: he acordado que en el asiento de Santovelico se funde y ajunte un pueblo, cuyo nombre sea Santo Domingo de Olmos; al cual se reduzcan todos los indios de la dicha provincia de Olmos y Santovelico que están encomendados en doña Catalina de Prado, hija de Pedro González de Prado, difunto, i el pueblo de Copis de la encomienda de Diego de Sandoval, vecino de la dicha ciudad de San Miguel. Todos los cuales: Casiques y principales e indios de los dichos pueblos, mando, que de hoy día de la fecha en dos meses primeros siguientes vais a hacer vuestras casas en la parte i sitio que en la del dicho pueblo de Santo Domingo de Olmos esta señalado, i en la traza y forma que está ordenada, cada una de las partes i solares que se ha repartido. I hechas las dichas casas, os vengáis todos con vuestras mujeres e hijos i alhajas i ganados a residir i morar en dicho pueblo de Santo Domingo de Olmos; deshagáis i despobléis las casas antiguas de los pueblos que dejáredes, porque por ninguna vía habéis de volver a ellos, i guardaréis en poblados, i trazar vuestras casas en la orden siguiente.

Otro capítulo de ordenanzas

Iten los dichos alcaldes tendrán cuidado que en el dicho pueblo de Santo Domingo de Olmos i sus términos se planten arboles de fruta en las partes que tuvieran buena disposición que es en los arroyos de Copis: i que se acostumbren a sembrar legumbres de las de España. I otras semillas que entre ellos se usan, pues como esta dicho, se les dan las tierras de Copis, donde lo pueden hacer.

OTRO: I por que conviene mucho que el uso de algodón, ropa de la tierra que los indios hacen para su vestir, no cesen, ni las Indias sean perezosas en hilar i tejer, asi para la ropa que son obligados a dar por la taza de sus tributos, como para el vestir de sus personas e hijos, por tanto: los dichos alcaldes, dispondrán mucha diligencia que cada parcialidad haga una sementera de algodón que sea bastante para todo lo susodicho; i visitar han personalmente para castigar a los que no sembraren el dicho algodón, i no lo tuvieron muy bien beneficiado. I harán que las indias sean diligentes en hilar y tejer las mantas, de manera que no haya falta para los tributos, ni para el proveimiento de sus casas, i para este efecto se les ha de repartir las chacras de Copis para que usen de ellas como suyas, dejando a las de Copis las que ellos escojieren (continua)...

Fecho en el pueblo de Motupe, termino de la ciudad de Piura, a veinte i siete días del mes de junio de mil quinientos i setenta y tres años, va todas so las penas -Bernandino de Loayza- Por mandato del señor visitador general - Martín Francisco Martínez”.

Ante una situación de conquista y de sometimiento que le era adversa y hostil, el instinto de conservación de la raza indígena la obligó a permanecer unida en las comunidades y adoptar un patrón de vida en común. En sus inicios, la comunidad fue la fortaleza espiritual que le permitió a las poblaciones autóctonas mantener la continuidad histórica de su raza, preservar el territorio en que habitaba y retener casi intactas su lengua, sus viejas costumbres y valores, siglos más tarde vendría el reconocimiento de la comunidad como organización social, económica y cultural, y el reconocimiento de su personería jurídica¹⁵.

Si bien es cierto, en la actualidad la forma de vida de las comunidades campesinas ha cambiado, toda vez que sus costumbres, hábitos, prácticas simbólicas y su forma de relacionarse con el mundo exterior ya no son los mismos. Sin

¹⁵ MATOS MAR, José, op. cit, p. 184

embargo, las comunidades conservan elementos en común que las identifican como tales; estos son: a) Un territorio o hábitat; b) Autogobierno; y c) Preservación en parte de rasgos culturales indígenas heredados de un pasado milenario.

Otra de las características que mantienen las comunidades, es la propiedad colectiva y el usufructo individual de la tierra; pero cabe aclarar que no todos los comuneros viven exclusivamente de los bienes y recursos existentes al interior de la comunidad, pues cada familia comunal realiza sus propias actividades, en función a su proyecto de vida, o como se dice, de acuerdo a determinada estrategia de supervivencia¹⁶.

Como afirman Lujan Vargas, Carruitero Lecca e Hinostroza Ancasime¹⁷, la vigencia de la comunidad campesina como institución, se sustenta en la capacidad de responder a las necesidades de las familias de comuneros en los siguientes niveles.

- Como espacio de coordinación para el manejo de los recursos naturales.
- Como garante interno y ante terceros de la propiedad/posesión de las parcelas y los hatos familiares.
- Como espacio para la gestión de servicios públicos de educación y salud, y de monitoreo de la calidad de los mismos.
- Como espacio de representación e interlocución ante terceros, incluyendo la gestión de servicios públicos, el nombramiento de funcionarios públicos locales (teniente

¹⁶ Informe Legal Agrario, N° 11, enero – mayo, 1982, p. 24

¹⁷ LUJAN VARGAS, Juan Homar, CARRUITERO LECCA, Francisco, HINOSTROZA ANCASIME, José. “Núcleos rurales de administración de justicia comunal en Ayacucho. Una experiencia de la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas”, en Revista Jurídica Vía Legal, año II-N° 2, Studio editores, Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, 2005, p. 267. Sobre este tema los autores hacen una cita de CORONEL AGUIRRE, José, en Administración de Justicia Comunal. Caso Huanta y Vilcashuamán. IPAZ Ayacucho 2000.

gobernador, juez de paz, agente municipal), y la defensa de intereses ante terceros.

- Como espacio de formación de identidades locales y de recreación de identidades étnicas y culturales.
- Como espacio de la ciudadanía de las mujeres comuneras
- Como espacio normativo, de regulación y de resolución de conflictos, incluyendo el control del orden interno y la administración local de justicia.

Es posible que unos comuneros - depende de la actividad que realicen - estén en mejor posición económica que otros. Algunas familias o grupos de comuneros se sentirán más identificados con su comunidad y otros en menor medida, pero mientras permanezcan como integrantes de la misma, todos tienen que subordinar sus intereses individuales y sus apetitos de lucro a los intereses colectivos representados por la comunidad como institución democrática de origen ancestral y de carácter solidario.

Sobre la supervivencia de las comunidades indígenas a través del tiempo, se ha destacado el espíritu protector que tenían las leyes de indias a favor de estas agrupaciones¹⁸. Lamentablemente, los preceptos altruistas de esta legislación destinada a proteger a la raza indígena, no sirvieron para librarla de la brutal codicia de los encomenderos, ni del abuso y la prepotencia de los corregidores, que continuaron maltratando y exterminando a los indígenas¹⁹.

Durante la República, las comunidades se convirtieron en un modelo paradigmático de defensa del patrimonio comunal frente a la voracidad expansionista del latifundio. En esta etapa de su

¹⁸ Cfr. BASADRE GORHMAN, Jorge. Historia del Derecho Peruano, Editorial Antena S.A., 1937, p. 252.

¹⁹ PAREJA Y PAZ SOLDÁN, José. Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979, Julio Valenzuela editor, Lima – Perú, 1981, pp.561-562.

historia, las comunidades tuvieron que sortear una serie de artimañas y leguleyadas urdidas por gamonales y tinterillos para despojarlas de sus tierras, a través de litigios en los cuales se habían hecho famosos los arreglos bajo la mesa. Ruíz Eldredge recrea un pasaje de la novela el mundo es ancho y ajeno del escritor peruano Ciro Alegría, en el que un jefe comunero, dirigiéndose a los campesinos les dice: “Comuneros, temedle más a la ley y al juez que a la enfermedad y a la peste; cuando vienen éstas, mueren comuneros; pero cuando viene la ley y el juez muere la comunidad”²⁰.

2.2.6. Evolución histórica de las comunidades.

A pesar de las adversidades que han tenido que soportar, tanto durante la etapa de la colonia, como en el período de la emancipación, las comunidades, no solo persisten hasta la actualidad, sino que inexplicablemente han registrado un notable incremento, a tal punto que el año 2003, el Directorio de Comunidades del Proyecto Especial de Titulación de Tierras (PETT) del Ministerio de Agricultura, reporta la existencia de 5,818 comunidades campesinas y de 1345 comunidades nativas, distribuidas de la siguiente manera:

Región	Total de Comunidades	Comunidades Campesinas		Comunidades Nativas	
		Número	%	Número	%
AMAZONAS	221	52	23.53	169	76.47
ANCASH	345	345	100.00	0	0.00
APURIMAC	442	442	100.00	0	0.00
AREQUIPA	109	100	100.00	0	0.00
AYACUCHO	578	577	99.83	1	0.17
CAJAMARCA	109	107	98.17	2	1.83
CUSCO	939	886	94.36	53	5.64
HUANCAVELICA	565	565	100.00	0	0.00
HUANUCO	266	257	96.62	9	3.38
ICA	9	9	100.00	0	0.00
JUNIN	563	389	69.09	174	30.91
LA LIBERTAD	120	120	100.00	0	0.00
LAMBAYEQUE	25	25	100.00	0	0.00
LIMA	287	287	100.00	0	0.00
LORETO	612	75	12.25	537	87.75
MADRE DE DIOS	24	0	0.00	24	100.00
MOQUEGUA	75	75	100.00	0	0.00
PASCO	188	73	38.83	115	61.17
PIURA	136	136	100.00	0	0.00
PUNO	1251	1251	100.00	0	0.00
SAN MARTIN	31	1	3.23	30	96.77
TACNA	46	46	100.00	0	0.00
UCAYALI	231	0	0.00	231	100.00
TOTAL	7163	5818	81.22	1345	18.78

Luego, hasta el año 2003, el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), informa sobre la existencia de

²⁰ RUÍZ ELDREDGE, Alberto. La Constitución Comentada de 1979, 1980, p. 252.

6,069 comunidades campesinas reconocidas, que se ubican en la costa (174) y en los andes (5,805), de las cuales 5,110 comunidades están tituladas, ubicadas en 20 departamentos, de acuerdo al siguiente detalle:

Comunidades campesinas reconocidas y tituladas a diciembre de 2010					
N°	Departamento	Comunidades reconocidas	Nro. de familias	Comunidades tituladas	Porcentaje de titulación
1	Amazonas	52	27.006	52	100%
2	Ancash	350	54.841	331	95%
3	Apurímac	470	76.660	432	92%
4	Ayacucho	654	118.174	477	73%
5	Cajamarca	104	27.842	82	79%
6	Cusco	928	111.649	796	86%
7	Huancavelica	592	88.681	518	88%
8	Huanuco	285	122.822	205	72%
9	Ica	11	1.235	4	36%
10	Junín	391	74.930	357	91%
11	La Libertad	120	25.832	112	93%
12	Lambayeque	28	33.422	17	61%
13	Lima	289	31.833	229	79%
14	Loreto	95	7.898	41	43%
15	Moquegua	75	7.120	72	96%
16	Pasco	73	39.876	65	89%
17	Piura	136	95.580	125	92%
18	Puno	1265	122.824	1056	83%
19	San Martín	1	56	1	100%
20	Tacna	46	3.077	43	93%
Total Nacional		6.069	1.084.738	5.110	84%

Otra estadística indica que más del 27% del territorio nacional está integrado por comunidades campesinas y nativas; más del 60 % de estas comunidades están en los andes, agrupadas en cinco departamentos (regiones), Puno, Cusco, Huancavelica, Ayacucho y Apurímac. Hay un millón y medio de familias en las comunidades campesinas de la costa y los andes²¹.

Durante su segundo gobierno, contra todo pronóstico, Alan García se convirtió en uno de los principales aliados políticos y defensor de los grandes grupos de poder económico nacional y extranjero. Esto lo lleva en un momento a renegar del modo de

²¹ Las comunidades que mueven el país. El estado de las comunidades rurales en el Perú, Informe 2012. Instituto del bien común, p.12

vida de las comunidades campesinas y a tratar por todos los medios legales a su alcance de abolir el régimen de la propiedad comunal o colectivo de la tierra, para abrir paso a la privatización y a un mercado de grandes extensiones de tierras comunales, al que solo podrían acceder como beneficiarios los grandes inversionistas privados.

En una oportunidad, inclusive, el ex gobernante del Perú dijo “nunca he creído en las virtudes paradisiacas de la comunidad campesina, porque es una institución que hace 500 años mantiene a la población en la miseria en que está”. Insistiendo en que se debe tratar de superar “estas formas un poco arcaicas y atávicas de creer que la pobreza es santa y que la organización de la comunidad campesina es una invención divina que no vino con los incas, sino del virrey Francisco de Toledo”²².

Cabe recordar que, paradójicamente durante el primer gobierno de García se promulgó la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas y la Ley N° 24657, Ley de Deslinde y Titulación de las Tierras Comunales, con las que se dotó a esas instituciones de un nuevo marco legal y se trató de sanear la propiedad de sus tierras y poner punto final a las controversias por límites existentes entre comunidades. También se llevaron a cabo los “rimanacuy”; fueron encuentros o espacios de diálogo entre comunidades y entre éstas y representantes del gobierno, que les permitieron a estos últimos auscultar la problemática de las comunidades campesinas. Era la primera experiencia de diálogo intercultural en el Perú que no se ha repetido.

De otro lado, organismos públicos como el Instituto Nacional de Desarrollo de las Comunidades Campesinas INDECI, que

²² Declaraciones recogidas por el diario El Comercio, edición del 16.06.2011, p. a.11

entre otras, tenía como función formular la política nacional de desarrollo de las comunidades desapareció. El Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afro Peruanos – INDEPA, organismo público descentralizado con rango ministerial adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, fue desactivado durante el segundo gobierno de García y convertido en una secretaría del Ministerio de la Mujer; después fue restituido y adscrito a la PCM²³.

Ahora se cuenta con un Viceministerio de Interculturalidad, pero es poco lo que se ha avanzado en lo que respecta a las comunidades, sobre todo en lo relacionado con el tema de la consulta previa e informada, en el que aduciéndose razones de carácter etno – lingüístico, solo se considera como sujetos de la consulta a algunas comunidades campesinas.

No es que las comunidades se resistan a lograr su desarrollo económico, sino que no reciben la atención y la ayuda del Estado. En sus inicios las comunidades fueron segregadas y expoliadas por el régimen colonial, luego esquilmas y abominadas por el Estado oligárquico²⁴ y; ahora siguen siendo excluidas de las políticas públicas diseñadas en el marco del nuevo modelo económico neoliberal adoptado por el Estado peruano. Las políticas neoliberales no apuntan a fortalecer el régimen comunal de propiedad de la tierra, sino más bien a debilitarlo y desaparecerlo.

²³ Políticas públicas para comunidades campesinas, 2011-2012, GRUPO ALLPA – Comunidades y Desarrollo, SCR – Asociación Servicios Educativos Rurales, diciembre 2012, p.27.

²⁴ “La oligarquía limeña, como dice el filósofo Luis Felipe Alarco, con mentalidad feudal postergó siempre a la sociedad andina, a la que dominó y explotó sin límite, contradictoriamente, fingió ignorar, como si no existiese ese “Perú profundo” del que habló Basadre. Lima, decía el viajero alemán Rugendes, estaba más distante del Perú que de Londres (o de Miami, si se quiere)”, MILLA BATRES, Carlos “¿En qué momento se jodió el Perú?. Editorial Milla Batres, 1990, p. 12

El gobierno central o los gobiernos regionales y locales que son las instancias más cercanas a las comunidades, deberían apoyarlas con la provisión de servicios básicos, como agua potable y alcantarillado, construcción de postas médicas, escuelas, carreteras, construcción o mejora de represas, reservorios y canales de regadío, incluyendo la instalación de sistemas de riego tecnificado, acciones de capacitación y de asesoría técnica e integrar a las comunidades en el uso de las llamadas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), brindándoles el soporte necesario para su implementación.

Programas estatales como “Juntos” y “Pensión 65”, son solo paliativos enmarcados dentro de una política de corte asistencialista, cuando lo que se necesita es poner en marcha planes orientados a lograr en el corto y mediano plazo un desarrollo sostenible de las distintas localidades y comunidades del territorio nacional. Se debe hacer esfuerzos para acortar la brecha que existe entre lo urbano y lo rural. A pesar del crecimiento económico que se pregona en las altas esferas del gobierno, la pobreza en el campo y en algunas ciudades, sigue siendo un problema latente en nuestro país.

Si al Estado peruano en este momento no le interesa implementar políticas públicas de desarrollo comunal, la pregunta que muchos se hacen es ¿Qué futuro tienen los comuneros y sus comunidades? Creo que la respuesta a esta interrogante no es otra que la de convertir a las comunidades en unidades productivas con el esfuerzo de sus propios integrantes. Es una forma de reciclarlas, sin que ello conlleve a desnaturalizar sus fines, como se hizo con el intento de convertirlas en

cooperativas²⁵. Esto tampoco significa que en las comunidades tengan que desaparecer sus expresiones culturales, las que como diría Max Hernández, se mantienen a pesar de los cambios en las zonas más íntimas de la existencia comunitaria²⁶.

Actualmente, la de las comunidades campesinas es todavía una economía de subsistencia, por lo que si reciben apoyo financiero y tecnología pueden desarrollarse con mayor facilidad y diversificar su producción e integrarse al resto del país. Ya no solo se limitarían a producir para satisfacer la demanda interna, sino también mirar hacia el exterior, como ya lo vienen haciendo algunas comunidades de la zona andina, con la ayuda del Programa Sierra Exportadora.

En el Perú, a nivel de la sociología y la antropología se ha instalado una exagerada percepción mítica y casi sagrada de las comunidades. Se les otorga características que a lo mejor no poseen. Esta visión idílica y deformante de la realidad de las comunidades puede resultar perjudicial para ellas, porque podría servir más bien para encubrir las carencias que tienen. Es mejor optar por un enfoque pragmático y realista y evitar la instrumentalización ideológica o académica de estas colectividades, rescatando lo mejor de ellas y lo que pueden aportar en beneficio del país, si se les brinda la atención y el apoyo que necesitan.

²⁵ Según el artículo 117° del Decreto Ley N° 17716, Ley de reforma Agraria, el Estado debía estimular la tecnificación de las Comunidades Campesinas y su organización en cooperativas. Para este fin la Dirección General de Integración de la Población Indígena del Ministerio de Trabajo pasó a formar parte de la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural. Dentro de este organismo, la Dirección de Comunidades Campesinas tenía la responsabilidad de reestructurar dichas comunidades. El criterio básico para implementar la tecnificación de las comunidades campesinas y su organización en cooperativas era la necesidad de evitar la fragmentación de las tierras comunales.

²⁶ HERNÁNDEZ, Max. ¿Es otro el rostro del Perú?, Identidad, diversidad y cambio. AGENDA – Perú, 2000, p. 151.

2.2.7. Clases de comunidades campesinas.

Matos Mar, también se refiere al proceso de diversificación de las comunidades “que llega al grado que la comunidad contemporánea ya no corresponde a la imagen del conjunto autóctono, colectivista y tradicional, sino que exhibe una pluralidad de situaciones que van desde relictos tradicionales (...) hasta conglomerados relativamente modernos”²⁷.

Desde el punto de vista sociológico, las comunidades campesinas han sido clasificadas de distintas maneras. Existen comunidades que tienen una composición mixta urbano-rural y otras que inclusive han llegado a convertirse en capitales de distrito. También se dice que las comunidades campesinas que en su origen fueron ancestrales, ahora son mestizas, tal es el caso de las comunidades campesinas de la costa y de algunos valles interandinos de la sierra²⁸. Sin embargo, para el derecho positivo, actualmente en el Perú, de este tipo de comunidades solo existen dos clases: las comunidades campesinas de la costa y las comunidades campesinas de la sierra.

Lo expuesto se desprende del contenido de la Ley N° 26845, Ley de Titulación de las Comunidades Campesinas de la Costa, en cuyo numeral 2 se establece que “Son comunidades campesinas de la costa, las que tienen sus tierras o la mayor extensión de éstas situadas en la vertiente del Océano Pacífico hasta una altitud de dos mil (2,000) metros sobre el nivel del mar”. Se entiende que las que se ubican entre 2,000 y 4,500 metros de altura son las comunidades de la sierra y son la gran mayoría.

²⁷ MATOS MAR, op. cit, p. 186.

²⁸ Cfr. STC Exp. N° 0022-2009-PI/TC

2.2.8. La autonomía de las comunidades.

Un factor importante para la sobrevivencia de las comunidades, lo constituye la autonomía de la que gozan actualmente estas instituciones. El artículo 89º de la Constitución refiere que “Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece”.

Comentando el artículo 161º de la Constitución peruana de 1979, que contiene una redacción similar a la del artículo 89º de la Constitución actual, Figallo sostiene que “Es indudable que el artículo 161º utiliza el término “autónomo” en el sentido restringido como sinónimo de “autárquico”, cuando se refiere a que las comunidades son autónomas en lo económico y en lo administrativo al igual que las municipalidades. Pero resulta de difícil concepción que se les reconozca autonomía (...), pues ello las situaría al margen de la organización política jurídica del Estado y podría consolidar situaciones de privilegio y abusos dentro del seno de las propias comunidades (...)”²⁹.

El Tribunal Constitucional, reiteradamente ha venido reconociendo a la autonomía como “la capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento se forma parte, y que está representada no solo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a éste”³⁰.

En el caso de las comunidades campesinas y de las comunidades nativas, la autonomía no sería entendida como

²⁹ FIGALLO ADRIANZEN, Guillermo. “El Derecho Agrario en la nueva Constitución y su aplicación legal. 9 ensayos”, Francisco Campodónico F, editor, Ediciones CIC, 1980, p. 215.

³⁰ STC, Exp. N° 0012-1996 – AI/TC; STC, Exp. 0010-2008-PI/TC y STC, Exp.002-2005-PI/TC.

facultad de autogobierno, sino de autogestión, es decir, alude a la potestad que tienen de resolver con arreglo a sus leyes, estatutos y costumbres, todos los asuntos de su competencia. Salvo mandato judicial, ninguna autoridad puede interferir o dejar sin efecto las decisiones y acuerdos que se adopten al interior de las comunidades. El artículo 210º de la Constitución de 1933 establecía que “Los Consejos Municipales, ni corporación o autoridad alguna intervendrán en la recaudación ni en la administración de las rentas y bienes de las comunidades”.

La autonomía les faculta a las comunidades para:

- a) Aprobar su propio estatuto y gobernarse de acuerdo a él.
- b) Organizar su propio régimen económico y administrativo.
- c) Administrar sus bienes y rentas.

En un sentido jurídico moderno, sobre todo en el campo del derecho público, la autonomía es concebida como una garantía institucional, cuya finalidad es la de otorgar una específica protección constitucional frente al legislador ordinario a determinadas y típicas características de una institución, en la medida en que éstas han pasado a ser como resultado de la evolución histórica de dicha institución esenciales e identificativas de la misma³¹.

No ha sido tarea fácil para nosotros abordar y sintetizar en éstas líneas, un tema tan complejo y con raíces históricas tan profundas como es el de las comunidades campesinas, antes comunidades de indígenas. Estas organizaciones ancestrales vienen esperando por más de cuatro centurias que el Estado se ocupe de ellas y adopte medidas promocionales a su favor, como en su momento se dieron en beneficio de las cooperativas, que

³¹ PAREJO ALFONSO, Luciano. “Constitución, Municipio y Garantía Institucional”, Grijley, Lima – Perú, 2000, p. 8.

les permita sentar las bases de su desarrollo y de ésta manera contribuir con su esfuerzo colectivo al fortalecimiento de la economía nacional.

2.2.9. Definición del derecho de comunidades campesinas.

Es aquella disciplina jurídica que se ocupa del estudio de las normas y principios que rigen la organización, el funcionamiento y la autonomía de las comunidades campesinas. Responde a la necesidad de velar por los intereses colectivos y de proteger la identidad étnica y cultural de las personas naturales (comuneros), que forman parte de estas organizaciones.

Cuando la comunidad campesina, conforme está previsto en la ley, se convierte en empresa comunal, entidad productora de bienes y servicios, con fines de beneficio común, puede ser enfocada como algo novedoso y particular desde el punto de vista del derecho de la empresa³².

2.2.10. Objeto del derecho de comunidades.

Tiene como objeto la elaboración del marco teórico-doctrinario que proporciona los conceptos, las características, los principios y otros elementos teóricos, desarrollados en forma sistemática, que son necesarios para la aplicación y para el reconocimiento del derecho de las comunidades campesinas como disciplina jurídica autónoma.

Estamos ante un derecho relativamente nuevo, pero con raíces antiguas. En realidad, lo nuevo es el enfoque doctrinario y principista que inauguramos en estas líneas, a falta de literatura

³² Artículo 26° de la Ley General de Comunidades Campesinas: “Las empresas comunales son las propias comunidades campesinas, que utilizando su personería jurídica organizan y administran sus actividades económicas en forma empresarial, mediante la generación de unidades productivas de bienes y servicios comunales, para asegurar el bienestar de sus miembros y contribuir al desarrollo de la comunidad en su conjunto. El Reglamento determinará su régimen de organización y funcionamiento.

especializada en nuestro país. En cambio, la legislación de comunidades indígenas si tiene una longevidad que se remonta a la época de la colonia y a los inicios de la República³³.

En el campo del derecho se le ha restado importancia a la legislación sobre las comunidades campesinas, al considerar que carece de contenido propio y que forma parte del derecho agrario, pero esto no es cierto, pues aun cuando se encuentra en una fase de elaboración doctrinal, el derecho de la comunidades campesinas tiene normas y principios que nada tienen que ver con el cada vez más reducido universo jurídico del derecho agrario.

Anteriormente, el derecho agrario regulaba la propiedad rural, la reforma agraria, las normas para la afectación de la tierra, etc. Derogada la legislación de reforma agraria, varias de las instituciones que formaban parte de esta disciplina, han dejado de existir. Ahora, por disposición del artículo 2º de Ley N° 26505, el régimen jurídico de las tierras agrícolas, incluyendo las de las comunidades campesinas y nativas se rige por el Código Civil, por dicha ley y por otras normas. Derecho de comunidades campesinas y derecho agrario son conceptos dispares y su objeto tampoco es el mismo. El primero hace mención de la comunidad como persona jurídica participante de una determinada realidad social y cultural; el segundo se refiere a la diversidad de factores jurídicos que intervienen en la regulación de la actividad agrícola en general.

³³ Véase Robles Mendoza, Román. Legislación sobre comunidades campesinas, UNMSM, 2002.

2.2.11. Clases de normas que conforman el derecho de las comunidades campesinas.

Las normas dictadas por el Estado y que forman parte del derecho de las comunidades campesinas no están compendiadas ni sistematizadas en un código, sino en una ley general y sus reglamentos, y como en la actualidad existe abundante legislación dispersa sobre determinados aspectos de las comunidades, esto podría ameritar la elaboración de un texto único ordenado, a fin de reunir en un solo cuerpo sistemático toda esa legislación, sobre la base de los principios que le sirven de sustento a la organización comunal.

Al lado de las normas de origen estatal, existen otras que son elaboradas y aprobadas por los propios órganos de gobierno de la comunidad, vg., el estatuto de la comunidad, los reglamentos y los acuerdos que se adoptan en las asambleas generales ordinarias y extraordinarias de comuneros. Esto es en cuanto se refiere a las normas escritas, pues, existen otras normas que no lo son y que forman parte del derecho consuetudinario autóctono.

2.2.12. Características del derecho de comunidades campesinas.

El derecho de las comunidades campesinas o comunidades indígenas presenta las siguientes características.

2.2.12.1. Es un derecho autóctono.

La razón de ser del derecho de comunidades está dada por la existencia de una organización ancestral, de evidente raigambre sociológica y de indiscutible proyección jurídica: la comunidad indígena; por eso decimos que el de comunidades reúne las características de ser un derecho autónomo, nacido en estas latitudes, es decir, como producto de la historia y

de un modo de vivir colectivo, cuyos contenidos esenciales se reflejan en la legislación como expresión jurídica de esa forma de vida.

El derecho de las reducciones, común de indios o comunidades indígenas, recién se empieza a forjar durante el Estado colonial. Estas organizaciones, aparte de observar las leyes de indios, se regían también por sus propios hábitos y costumbres, y estas fueron inclusive aceptadas como fuente supletoria del derecho indiano.

Hay que tener en cuenta además que, durante el Tahuantinsuyo no hubo derecho, pues, el hecho de que los incas hayan coexistido en un determinado espacio y tiempo como un grupo étnico homogéneo, en torno a una forma de teocrática de mando, a la que después se le ha conocido como el Imperio de los Incas; ello no quiere decir que haya existido un Estado y un derecho inca en el verdadero sentido de la palabra. En todo caso, existen opiniones dispares al respecto, pero para el autor de este trabajo queda claro que durante ese periodo de nuestra historia no hubo un orden jurídico establecido.

2.2.12.2. Tiene un carácter multidisciplinario.

El derecho de las comunidades campesinas, aparte de los contenidos que le son propios, se nutre de una amalgama de factores históricos, sociales y culturales acumulados a través del tiempo. En este sentido, podemos afirmar que este derecho tiene un innegable carácter multidisciplinario.

La comunidad campesina, es una organización de remoto origen prehispánico y colonial; es una creación humana de carácter *sui generis* y multifacética, que dada su naturaleza puede ser analizada desde diversas perspectivas. En este sentido, puede ser estudiada como un fenómeno histórico, como una entidad sociológica, como una persona jurídica, o desde el ángulo económico como empresa comunal.

De ahí que no se puede enfocar al derecho de las comunidades campesinas, desligándolo de algunas disciplinas como la historia, la sociología, la antropología, el derecho, etc. Sin los aportes humanísticos de estas disciplinas, no sería posible concebir la existencia de una disciplina jurídica con las características, con los principios y con el bagaje de conocimientos que tiene el derecho de las comunidades, los cuales hemos desarrollado a lo largo de este trabajo en un esfuerzo por dotar a este derecho de un marco teórico-doctrinario que lo identifique como tal y lo diferencie de otras ramas de la ciencia jurídica.

2.2.12.3. Tiene un indiscutible carácter institucional.

Una institución es una entidad creada para determinados fines sociales, económicos, educativos, religiosos, políticos, etc. Para poder funcionar en forma ordenada necesita dotarse de un marco legal que la regule. Este ordenamiento jurídico interno es el estatuto; en él se detalla todo lo relacionado con la organización y funcionamiento de la institución, los deberes, los

derechos y obligaciones de los asociados que la integran, entre otros aspectos.

Al ser entes colectivos, las instituciones, que pueden tener o no personería jurídica, trascienden a los intereses individuales de sus integrantes. Pueden tener un fin económico, pero la actividad o actividades que realizan estas entidades, es algo distinto a la organización es si, la que inclusive puede cambiar de giro o actividad, sin afectar su existencia como institución.

A las comunidades campesinas se les ha vinculado con la actividad económica que se realiza al interior de esas organizaciones. En este sentido, por ser la actividad más común la agricultura, por mucho tiempo se ha creído que las normas jurídicas relativas a las comunidades formaban parte del derecho agrario. Sin embargo, el derecho de comunidades no se ocupa de regular las actividades relacionadas con el agro, sino de la comunidad considerada como organización integral, dedicada al desarrollo de actividades multisectoriales orientadas a la realización de sus fines.

En consecuencia, el objeto regulado por el derecho de las comunidades, es la institución comunal, entidad jurídica *sui genéris*, que comprende la organización social, el territorio, la actividad económica en su conjunto, las creencias y valores culturales imperantes, la personería jurídica, etc. Siendo esta una característica más de la independencia y de la autonomía que tiene

este derecho, con relación a otras ramas de la ciencia jurídica.

2.2.12.4. Es particularmente un derecho protector de los bienes y de la identidad étnica y cultural de los integrantes de las comunidades.

La vigencia de los valores, costumbres y modos de vida que caracterizan a las poblaciones originarias o comunidades, dependen no sólo del elemento humano, sino también de la protección y del amparo que el derecho les brinda. La situación de vulnerabilidad que confrontan las comunidades, ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional, al señalar que “Es de resaltar que las situaciones jurídicas de ventaja y desventaja son reconocidas a los grupos étnicos, tomando en cuenta la realidad y las concepciones que éstos guardan sobre el mundo que los rodea. Así, a partir de ello se debe disponer de una tutela adecuada a su contenido y necesidades”³⁴.

En este sentido, una de las características del derecho de comunidades, es la de ser un derecho protector de los bienes y de los valores ancestrales imperantes en la comunidad. En el caso peruano, esta característica se evidencia a partir de la segunda década del siglo pasado con la promulgación de la Constitución de 1920 y se mantiene en las constituciones de 1933 y de 1979. La Constitución de 1993 de marcado tinte neoliberal, legisla en apenas dos artículos sobre el régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas. El artículo 89º consagra la autonomía de las

³⁴ STC. Exp. N° 03343-2007-PA/TC, fj. 32

comunidades y garantiza la propiedad e imprescriptividad de sus tierras y obliga al Estado a respetar la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas.

El artículo 1º inciso d) del Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, declara que el Estado respeta y protege los usos, costumbres y tradiciones de la comunidad. Propicia el desarrollo de su identidad cultural.

Mediante Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH del 21 de julio del 2000 se aprobó, la Directiva N° 012-2000-PROMUDEH/SETAL “Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y comunidades nativas”. Esta norma se sustenta en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en la Constitución Política, en el Código Civil peruano, en las leyes de comunidades campesinas y nativas, entre otras normas.

2.2.12.5. Es un derecho de carácter mixto.

Por ser las comunidades organizaciones sociales donde concurren intereses colectivos e intereses individuales, el derecho que norma su existencia puede ser catalogado como un derecho mixto, es decir, de carácter tanto público como privado. En lo que atañe al criterio de los intereses en juego, si prima el interés general, común, colectivo, el derecho es público; y si lo

que prima es el interés de los particulares, el derecho es privado.

En opinión de Fernández Sessarego “las comunidades por el predominante interés social que les es inherente se ubican en el ámbito del derecho público”³⁵. De igual parecer es G. Figallo, quien sostiene que “las comunidades campesinas por definición son entes autónomos de “Derecho Público”, pues están dotadas de “propios poderes” establecidos por la Constitución y bajo su “particular garantía”³⁶. Opiniones que no compartimos, pues, si bien al interior de las comunidades coexisten intereses colectivos e intereses individuales, no se puede decir que la naturaleza pública del derecho de las comunidades predomina sobre lo privado de este mismo derecho; pero si podemos asegurar que las normas de derecho público que están contenidas en la Constitución, son indispensables para garantizar los derechos colectivos de las comunidades. Estos derechos son:

- Derecho a que se les reconozcan su existencia legal y su personería jurídica.
- Derecho a la autonomía.
- Derecho a la propiedad comunal sobre la tierra.
- Derecho a que se respete su identidad étnica y cultural (costumbres, idioma, etc).
- Derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario.

³⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos Derecho de las personas, Cultural Cuzco, Lima – Perú, 4^{ta} edición, 1990, op. cit, p.243

³⁶ FIGALLO ADRIANZÉN, Guillermo op. cit, p. 166.

Son precisamente los derechos colectivos con rango constitucional, los que nos permiten identificar lo que son las normas de derecho público y diferenciarlas de las normas de derecho privado que también forman parte del derecho de las comunidades campesinas. No olvidemos que estas organizaciones están consideradas por el Código Civil como entes privados.

A pesar de que siempre será difícil establecer criterios o pautas para diferenciar entre lo que corresponde al campo del derecho público y lo que pertenece al derecho privado y, siendo poco o nada convincente para nosotros y para un amplio sector de la doctrina, la tesis que aboga por la existencia de un derecho social; no cabe duda que el de las comunidades campesinas se caracteriza por ser un derecho mixto, al estar formado, tanto por normas de derecho público, como de derecho privado. Ambas clases de derecho se complementan y responden a la naturaleza jurídica *sui generis* de la comunidad.

2.2.12.6. Es fundamentalmente un derecho de carácter estatutario.

Al igual que los acuerdos adoptados en el seno de las asambleas comunales, el estatuto interno de la comunidad, se constituye en la principal fuente del derecho de las comunidades campesinas. En estos documentos están contenidas las disposiciones que rigen la organización comunal, sus fines y objetivos, lo relativo a la personería y autonomía de la comunidad. El estatuto legisla también sobre el territorio comunal, sobre el régimen legal de los comuneros, incluyendo sus

derechos y obligaciones, sobre el padrón comunal; el procedimiento para la aplicación de sanciones, sobre el patrimonio de la comunidad, la administración de bienes comunales; sobre la empresa comunal; sobre el usufructo de las tierras comunales, el régimen administrativo de los órganos de gobierno comunal, etc.

No nos estamos refiriendo aquí a los estatutos de comunidades legislados por el Estado; el primero de ellos fue aprobado por Decreto Supremo N° 11 del 2 de junio de 1961; el segundo fue aprobado por Decreto Supremo N° 011-A promulgado el 27 de julio de 1966; y el tercero que distorsionó la organización comunal confundiéndola con la que es propia de las cooperativas, fue aprobado por Decreto Supremo N° 37-70-AG en plena reforma agraria; nos referimos aquí a los estatutos elaborados y aprobados por las propias comunidades campesinas³⁷.

En términos generales, el estatuto es un orden jurídico menor complementario del orden jurídico estatal. No emana de la voluntad legislativa del Estado, sino de la autonomía de la voluntad privada que se expresa a través de instituciones o personas jurídicas, tales como asociaciones, partidos políticos, sociedades mercantiles, etc. Sin embargo, dentro del sistema romano germánico, a los estatutos no se les reconoce como fuente del derecho, al tratarse de normas que no provienen del Estado, sino de entidades privadas.³⁸

³⁷ FIGALLO ADRIANZEN, Guillermo. op. cit, pp. 147-148.

³⁸ Véase DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio, Sistema de Derecho Civil, 7ª edición, Tecnos, vol. I, p.179

Esta situación bastante discutible a nivel doctrinario parece haber sido zanjada por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano considera más bien que la potestad normativa de las asociaciones se deriva y se sustenta en el derecho fundamental de asociación. En ese sentido, el Tribunal ha establecido:

“...dentro de ese mismo derecho de asociación o, dicho de otro modo, dentro de su contenido constitucionalmente protegido también se encuentra la facultad de que la asociación creada se dote de su propia organización, la cual se materializa a través del estatuto (...) En definitiva la potestad normativa de una asociación tiene como fundamento el derecho de asociación, de modo que constituye un atributo constitucional de toda asociación. Desde esta perspectiva debe entenderse que esta potestad no deriva de la facultad dispuesta por el Código Civil y por ello de un ámbito de mera legalidad ordinaria, sino que haya fundamento directo en el derecho fundamental de asociación”.³⁹

A diferencia de lo que sucede con los estatutos de las asociaciones y de otras corporaciones privadas, cuyo carácter de fuente de derecho está en discusión, los estatutos de las comunidades campesinas, al ser cuerpos normativos autónomos, ajenos al sistema normativo del Estado si tienen el carácter indiscutible de fuente del derecho de las comunidades, ya sea de las comunidades campesinas o de las comunidades nativas. La función normativa que ejercen estas organizaciones es una expresión de su autonomía, la que está

³⁹ STC Exp. N°2868-2007-PA/ TC, fj.6

reconocida y garantizada por el artículo 89° de la Constitución.⁴⁰

Los estatutos de las comunidades campesinas han sido perfeccionados a través del tiempo, teniendo en cuenta los usos y costumbres imperantes. Son normas de aplicación inmediata y de acatamiento obligatorio para directivos y comuneros; por eso decimos que el derecho de comunidades es más que nada de carácter estatutario. Los estatutos son aprobados por la asamblea general de la comunidad.⁴¹

Cabe aclarar que, al igual que los estatutos de otras corporaciones privadas como las asociaciones, cooperativas, etc, el estatuto de una comunidad campesina no puede ser una norma contraria a la Constitución, por ser ella la que determina la validez de todo el ordenamiento de un país. Esto quiere decir que la validez del estatuto comunal depende de su conformidad formal (procedimental) y material con la Constitución⁴² ; ya que si por el contrario, una disposición del estatuto resulta violatoria del derecho constitucional de uno de sus integrantes puede ser objetada de inconstitucionalidad y sometida a control judicial a través de un proceso constitucional de amparo o a través de un proceso ordinario, a fin de que sea

⁴⁰ En este sentido, el artículo 137° del Código Civil al disponer que el Poder Ejecutivo regula el estatuto de las comunidades, es una norma inconstitucional, pues le atribuye al Estado facultades reconocidas por el propio constituyente a las comunidades campesinas y a las comunidades nativas.

⁴¹ La Primera Disposición Final y Transitoria de la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, establece que “Las Comunidades Campesinas elaborarán su propio Estatuto, que regirá su organización y funcionamiento, considerando sus particularidades, dentro de la presente Ley y su Reglamento”.

⁴² MENDOZA ESCALANTE, Mijail. “El control de la constitucionalidad de normas estatutarias privadas”, en Jurisprudencia Constitucional, Ed. Normas Legales, Tomo I, edición 2002, p.49.

declarada inaplicable al caso concreto, lo importante es que se trate de una norma autoaplicativa.⁴³

En una de sus últimas sentencias en materia de protección del derecho fundamental de asociación, el Tribunal Constitucional ha dispuesto que un Juez podrá ordenar a asociaciones que modifiquen su estatuto si se determina que alguna disposición contenida en este vulnera derechos fundamentales. Esto en aplicación de la denominada “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, que involucra dentro de sus efectos a los entes privados, vg, asociaciones, cooperativas y porque no decirlo a comunidades campesinas y nativas.⁴⁴

2.2.13. Los principios del derecho de las comunidades campesinas.

Un sistema de normas legales que se articula sobre la base de principios responde a un conjunto de proposiciones que expresan su fundamento y su razón de ser. Son conceptos ordenadores de la actividad institucional de la comunidad, están en íntima conexión con las normas a las que sirven de sustento. Eventualmente sirven para suplir los vacíos que se presenten en el ordenamiento jurídico de las comunidades.

Los principios que orientan el desenvolvimiento del derecho de comunidades como disciplina jurídica autónoma están

⁴³ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que “Aun cuando la potestad normativa privada de la asociación supone el ejercicio de un derecho fundamental que viene a ser el derecho de asociación, ello no implica que las normas que proceden de ella se hallan exentas del control de constitucionalidad, cuando resulten contrarias a derechos constitucionales. Por el contrario tal control resulta inexorable en virtud del control *inter privatos* de los derechos constitucionales”. Agrega el Tribunal que “Corolario de ello es que las normas privadas o particulares que sean contrarias a derechos constitucionales han de ser inaplicadas en ejercicio del control de inaplicabilidad al que habilita el artículo 138°, segundo párrafo de la Constitución. Todo ello claro está al margen del control abstracto de dichas normas que habría de articularse en la vía correspondiente” (STC Exp. N°02868-2007-PA/TC, ff. jj7-9).

⁴⁴ STC Exp. N°02820-2012-PA/TC.

previstos en el artículo 3º de la Ley N. 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, son:

- Igualdad de derechos y obligaciones de los comuneros;
- Defensa de los intereses comunes;
- Participación plena en la vida comunal;
- Solidaridad, reciprocidad y ayuda mutua entre todos sus miembros;
- La defensa del equilibrio ecológico, la preservación y el uso racional de los recursos naturales.

2.2.13.1. Igualdad de derechos y obligaciones.

Este principio tiene como correlato la cláusula de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política de 1979, que se encontraba en vigencia al momento de la elaboración y promulgación de la Ley General de Comunidades Campesinas. El derecho de igualdad ante la ley, implica que nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

En el caso de las comunidades, la igualdad de derechos trae consigo también obligaciones que tienen que cumplir los destinatarios de la norma en su condición de asociados. Los derechos y obligaciones de los comuneros se encuentran equiparados y subordinados al interés común predominante en la comunidad.

2.2.13.2. Defensa de los intereses comunes.

Dentro de los principios del derecho comunitario, el de defensa de los intereses comunes ocupa un lugar

preponderante. Tiene como finalidad primordial defender la supervivencia de la comunidad frente a terceros. Es un principio rector, ya que los demás dependen de éste.

Las comunidades son núcleos de defensa de las poblaciones indígenas. Anteriormente estas organizaciones libraron una tenaz lucha por la conservación de sus territorios ante la voracidad expansionista del latifundio. Ahora, los representantes de las comunidades hablan de la globalización como una nueva amenaza para la propiedad de sus recursos y el mantenimiento de los lazos culturales que los unen con sus antepasados.

2.2.13.3. Participación plena en la vida comunal.

La participación plena en la vida comunal, se da como consecuencia de la igualdad de derechos y obligaciones que les asiste a los comuneros. Empero, el mayor o menor nivel de participación depende de la condición que tengan los comuneros. Sí son "calificados", tienen derecho de elegir y ser elegidos para cargos propios de la comunidad, a disfrutar de una parcela familiar, etc. Si son "no calificados", sus derechos son menores, pueden acceder a los bienes y servicios en las condiciones que establece el estatuto y los acuerdos de la asamblea general, participan en las asambleas con voz pero sin voto, etc.

2.2.13.4. Solidaridad, reciprocidad y ayuda mutua entre todos sus miembros.

Como ya lo hemos dicho, la solidaridad, la reciprocidad y la ayuda mutua son valores ancestrales

que responden al espíritu comunitario en contraste con los valores que inspiran a las otras formas societarias de carácter lucrativo y de esencia individualista. El ejercicio de estos valores por parte de los comuneros se pone de manifiesto cada vez que realizan trabajos a favor de la comunidad, tales como construcción de canales de regadío, habilitación de trochas o caminos, construcción de locales comunales, etc. Son prácticas heredadas de la *minka* y el *ayni*, modalidades que todavía subsisten en varias comunidades de la sierra.

2.2.13.5. La defensa del equilibrio ecológico, la preservación y el uso racional de los recursos naturales.

Es otro principio que tiene su fuente de inspiración en el artículo 123 de la Constitución Política de 1979. En virtud de este dispositivo, todos tienen el derecho de habitar en un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. En la Constitución actual (artículo 2 inciso 22), lo que antes era una simple declaración hoy tiene la categoría de derecho fundamental.

La defensa del equilibrio ecológico y la preservación de los recursos naturales, es algo que interesa a todos, pero en el caso de las comunidades y poblaciones indígenas, la preocupación es mayor debido a que son ellos los que están en comunión permanente con estos elementos de la naturaleza. Por ser las comunidades

depositarias del interés colectivo están legitimadas para promover acciones judiciales en defensa de su hábitat⁴⁵.

Los principios del derecho de comunidades responden a un criterio de interpretación institucional del ordenamiento jurídico comunitario, a fin de que este sea coherente con la realidad que viven las comunidades, con sus valores y aspiraciones colectivas. Estimamos que la relación de principios enunciados en el artículo 3° de la Ley General de Comunidades Campesinas no es taxativa, por lo que existe la posibilidad de incorporar en los estatutos de cada comunidad otros principios.

2.2.14. Fuentes del derecho de las comunidades.

2.2.14.1. La Constitución Política.

El derecho de las comunidades campesinas aunque no lo parezca *prima facie*, tiene como fuente axiológica y normativa a la Constitución, Ley Fundamental que ahora

⁴⁵ Los derechos de naturaleza ambiental tienen carácter difuso, es decir, pertenecen a una pluralidad indeterminada de sujetos. El Tribunal Constitucional en el octavo fundamento de su sentencia recaída en el Exp. N° 0964-2002-AA/TC, precisa que: “el inciso 22) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú reconoce, en calidad de derecho fundamental, el atributo subjetivo de “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”. Se trata, en principio, y como se desprende de la ubicación de su reconocimientos de un derecho subjetivo de carácter constitucional, cuyo titular es el ser humano considerado en sí mismo, con independencia de su nacionalidad o, acaso, de ciudadanía. Sin embargo, no sólo es un derecho subjetivo, sino que se trata también de un derecho o interés de carácter difuso, puesto que es un derecho que lo titularizan todas y cada una de las personas”.

La Ley N° 27752, que modifica el artículo 82° del Código Procesal Civil sobre patrocinio de intereses difusos, establece:

Artículo 1°.- Modifica el artículo 82° del Código Procesal Civil.

Modifícase el artículo 82° del Código Procesal Civil, en los términos siguientes:

Artículo 82°.- Patrocinio de intereses difusos

“Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor. Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley y a criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde estas no existan o no se hayan apersonado a juicio”. El Código Procesal Constitucional en el Artículo 40°, alude a la representación procesal en el proceso de amparo, y en su tercer párrafo establece que: “puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro, cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos”.

cuenta con un régimen de derechos colectivos indígenas que configuran al Perú como un Estado multicultural, pluriétnico y multilingüe, y que no solo reconoce la existencia de las comunidades, sino que también protege sus manifestaciones culturales.

Conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, la Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por lo tanto, se erige como fuente de derecho y como fuente de fuentes⁴⁶.

Un elemento imprescindible en la Constitución del Estado Constitucional, es la consagración de un amplio abanico de derechos fundamentales, que hoy en día son considerados, no solo como derechos subjetivos de las personas, sino también como normas constitucionales directamente exigibles, portadoras de determinados valores objetivos que informan el ordenamiento jurídico en su conjunto; y lógicamente el derecho de las comunidades es parte ineludible de aquel orden valorativo objetivo basado en el respeto a la persona humana.

El texto constitucional se refiere a las comunidades en forma directa e indirecta en los siguientes artículos:

Artículo 89º.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del

⁴⁶ STC Exp. N° 00014-2003-AI/TC.

marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

Artículo 2º, inc. 19).- El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Artículo 48º.- Son idiomas oficiales el castellano y en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.

Artículos 149º.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

2.2.14.2. Los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

El Tribunal Constitucional ha establecido que “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón este Tribunal ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece al Estado peruano “Son derecho válido, eficaz y, en consecuencia inmediatamente aplicable al interior del Estado”⁴⁷.

⁴⁷ STC Exp. N° 00025-PI/TC y STC. Exp. N° 00026-2005-PI/TC (acumulados), fj. 25

Cabe mencionar aquí al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del 27 de junio de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Las disposiciones de este convenio tienen fuerza obligatoria y son directamente aplicables en cada Estado que ha suscrito dicho convenio. Sostener lo contrario equivaldría a desconocer la efectividad de compromisos internacionales sobre derechos humanos asumidos por el Estado peruano, en tanto se trata de normas con el carácter de *ius cogens*⁴⁸.

La consulta previa e informada, es la piedra angular del convenio, aunque el respeto de este derecho fundamental de los pueblos indígenas sigue siendo uno de los principales desafíos que plantea la aplicación plena de este convenio en varios países, entre ellos el Perú⁴⁹.

2.2.14.3. Normas con rango de ley.

Una de las fuentes de mayor jerarquía del derecho de las comunidades campesinas, es indudablemente la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas. Esta ley está compuesta por 44 artículos distribuidos en 10 títulos y 5 disposiciones finales y transitorias. El título I contiene las disposiciones o normas generales, el título II se refiere a las funciones de las comunidades, el título III a los comuneros, el título

⁴⁸ Convenio N° 169 de la OIT
Artículo 3°.-

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.
Las disposiciones de este convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.
2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente convenio.

⁴⁹ Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT, 2009, p. 59

IV se ocupa el territorio comunal, el título V del régimen administrativo, el título VI del trabajo comunal, el título VII del régimen económico, el título VIII del régimen promocional y el título IX del Instituto Nacional de Desarrollo de Comunidades Campesinas – INDEC y el Fondo Nacional de Desarrollo Comunal FONDEC.

Por primera vez las comunidades campesinas cuentan con un cuerpo normativo homogéneo sustentado en principios que responden a la realidad comunal. La finalidad primordial que tiene la Ley N° 24656, es la de garantizar la integridad del territorio de las comunidades, proteger el trabajo comunal, proteger los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades, etc.

La ley no contiene disposiciones que puedan ser calificadas como intromisorias o limitativas de las capacidades de autogobierno o de autogestión de las comunidades. Al contrario, el legislador ha sido respetuoso de la autonomía de las comunidades, al establecer en la primera disposición final y transitoria del texto legal que las comunidades campesinas elaborarán su propio estatuto, que regirá su organización y funcionamiento, considerando sus particularidades, dentro del marco de la presente ley y sus reglamentos, lo cual confirma el carácter estatutario, que tiene el derecho de las comunidades campesinas.

2.2.14.4. Los decretos supremos y otras normas reglamentarias.

En este nivel se ubican, el Decreto Supremo N° 37-70-A, denominado Estatuto Especial de Comunidades Campesinas; el Decreto Supremo N° 008-91-TR, Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas; y, el Decreto Supremo N° 004-92-TR, Reglamento de Título IV, Régimen Económico de la Ley General de Comunidades Campesinas, y los estatutos de cada comunidad campesina, de los que ya nos hemos ocupado con amplitud al ser la principal fuente del derecho de las comunidades campesinas, los mismos que son aprobados por acuerdo de asamblea e inscritos en el libro de personas jurídicas de los registros públicos.

2.2.14.5. El derecho consuetudinario autóctono.

Nuestro sistema jurídico admite la costumbre como fuente del derecho. El artículo 149° de la Constitución establece que “las autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no se violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

Las costumbres son prácticas que gozan de la aceptación general de la comunidad⁵⁰. En el inciso b) del artículo 1º de la Ley N° 24656, de comunidades campesinas se alude a la existencia de un derecho consuetudinario autóctono, deduciéndose del tenor de la norma que se trata de normas internas no escritas de uso obligatorio, relacionados con el trabajo comunal y con la preservación de los bienes y servicios de interés comunal.

En todo caso, si el artículo 149º de la Constitución habla de una ley que debe establecer las formas de coordinación de la jurisdicción especial con las instancias del Poder Judicial, es preciso que se de esa ley al más breve plazo, y que en ella se legisle no solo sobre la competencia de la justicia comunal, sino también sobre las formas de interpretación y de aplicación del derecho consuetudinario autóctono, para evitar decisiones que eventualmente puedan significar violación de los derechos fundamentales de los justiciables.

2.2.14.6. Otras fuentes.

Una fuente remota del derecho de las comunidades indígenas serían las recopilaciones, las leyes de indias y las ordenanzas de Toledo. Estos textos de alguna manera habrían influido en la organización de las comunidades, no solo como agrupamientos humanos,

⁵⁰ LATORRE señala que “desde el punto de vista jurídico llamamos costumbres a la norma de conducta nacida en la práctica social y considerada obligatoria por la comunidad. Su núcleo originario es un uso o práctica social, pero se diferencia de los usos sociales, en general, en que la comunidad lo estima obligatoria para todos (*opinio necessitatis*) y de forma que su violación acarrea una responsabilidad de tipo jurídico y no meramente una reprobación social”, LATORRE SEGURA, Ángel. Introducción al Derecho, Ariel, Barcelona, 1974, p 72.

sino como entidades jurídicas con derechos adquiridos a través del tiempo.

Como es sabido, antiguas leyes españolas como el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación, tuvieron efectos jurídicos en las colonias; posteriormente fueron reemplazados en parte por otros textos legales a los que la corona española denominó Leyes de Indias, estas fueron algunas veces suspendidas o reemplazadas por reales cédulas⁵¹.

Posteriormente se dictaron las famosas ordenanzas de Toledo, Jorge Basadre menciona entre los colaboradores principales de Toledo a los juristas Polo de Ondegardo y Juan de Matienzo, señalando que “Las Ordenanzas de Toledo para el Perú versaron sobre las siguientes materias, entre otras: reducción de indios, corregidores, jueces de naturales, repartimiento, adquisición de propiedad inmueble por los españoles; atribuciones de los caciques, tributos, impuestos en general; oficiales reales, contaduría de rentas públicas, yanaconazgo, mitas, trabajo en las minas de plata y de azogue, obrajes....”

El historiador de la República, se refiere también a la Recopilación de 1680, cuyo libro cuarto versa sobre

⁵¹ Recordemos que muchos pueblos indígenas del Perú fueron creados por reales cédulas. Empero, el Tribunal Constitucional peruano, considera que dentro del sistema de fuentes sobre delimitación territorial no pueden considerarse con efecto jurídico directo las denominadas “Reales Cédulas Españolas”, que delimitan territorios. Tales normas no pueden considerarse propiamente como normas preconstitucionales y sus efectos se encuentran limitados a aquello que expresamente le reconozcan alguna ley u otra fuente del sistema jurídico vigente que así lo estime justificados, situación que no le resta valor histórico y que en determinados casos excepcionales puede ser tomada en consideración como parte del derecho consuetudinario, siempre y cuando, claro está no se encuentre en conflicto con los principios fundamentales de la Constitución (STC. Exp. N° 0005-2007-PC/TC, f.j. N° 7).

descubrimientos, poblaciones, cabildos, etc, y en cuanto a las tierras de los indios se ordena “que la venta, beneficio y composición de tierras se haga con tal atención que a los indios se les deje con sobra todas las que le pertenecieron, así en particular como por comunidades y las aguas y riegos y las tierras en que hubieran hecho acequias u otro cualquier beneficio, con que por industria personal suya se hayan fertilizado, se reservan en primer lugar y por ningún caso se les pueda vender ni enajenar”⁵².

2.2.15. Relación del derecho de comunidades campesinas con otras ramas del derecho.

2.2.15.1. Con el derecho constitucional.

Mantiene una relación de dependencia y subordinación con el derecho constitucional. Al consagrar la autonomía de las comunidades campesinas y nativas, la Constitución introduce una especie de garantía institucional, a favor de las comunidades, protegiéndolas de todo lo que puede significar intromisión o desconocimiento de las facultades de autodeterminación que tienen en cuanto a su organización, trabajo comunal y en el uso y libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece.

Igualmente, la Carta Magna obliga al Estado a respetar la identidad cultural de las comunidades.

⁵² BASADRE GORMAN, Jorge, Historia del Derecho Peruano, Editorial Antena, S.A., op, cit, pp. 244 y ss.

2.2.15.2. Con el derecho civil.

Las normas contenidas en el Libro V del Código Civil de los derechos Reales, sobre todo las que tienen que ver con la posesión, la propiedad y servidumbres están directamente vinculadas con el derecho de las comunidades. Lo están también las normas que integran la Sección Segunda del Libro I del Código Civil relativas a la personas jurídicas entre ellas las del artículo 92º, referidas a la impugnación judicial de los acuerdos de asamblea que violan las disposiciones legales y estatutarias de las asociaciones que, a falta de norma expresa son aplicables por analogía a las comunidades.

2.2.15.3. Con el derecho penal.

Los bienes jurídicos de las comunidades y los de las personas naturales que la conforman no están exentas de la tutela que les brinda el derecho penal, disciplina que tiene por objeto la prevención y represión de los delitos y faltas, siendo este un medio protector de la persona humana y de la sociedad.

De otro lado, son varios los problemas que plantea la aplicación uniforme de la ley penal a los integrantes de algunas comunidades de la sierra y de la selva con pautas culturales diferentes a las que son propias del mundo occidental. En este sentido no sería lícito imponer una pena al indígena que comete un hecho punible, sin tener conciencia de su ilicitud debido a su condicionamiento cultural, por eso la dogmática del

Código Penal ha introducido en la parte general la figura del error de comprensión culturalmente condicionado⁵³.

2.2.15.4. Con el derecho agrario y de aguas.

En cuanto el derecho agrario y de aguas contiene normas que regulan el uso y la distribución del agua, recurso hídrico de propiedad del Estado y legisla sobre los actos que conciernen a la explotación agrícola actividad económica tradicional, aunque como ya lo hemos dicho, no es la única actividad que realizan las comunidades campesinas y las comunidades nativas que se ubican en el territorio nacional.

2.2.15.5. Con el derecho administrativo.

Las comunidades campesinas requieren del apoyo que les brinda la administración pública, a través de los medios logísticos y de los procedimientos administrativos que están a cargo de personal técnicamente especializado.

Para formalizar su personalidad jurídica, las comunidades tienen que observar determinados requisitos y tramitar su solicitud ante el organismo competente del gobierno regional y tratándose de la titulación del territorio comunal, las comunidades campesinas, necesariamente deben seguir el trámite

⁵³ En la exposición de motivos del Código Penal se dice: “3 En reconocimiento a la heterogeneidad cultural de los habitantes de nuestro país, pero sin recurrir a una terminología delictiva con la que infelizmente utilizó el “Código Maurtua” (“salvajes”, “Indígenas semicivilizados o de degradados por la servidumbre y el alcoholismo”), el proyecto de la Comisión Revisora ha dado acogida a una forma especial de error conocida en la doctrina como “error de comprensión culturalmente condicionado.” En este sentido, quien por su cultura o costumbre (no así por anomalía psíquica u otras causas de inimputabilidad prevista en el artículo 20º, inc. 1), de este Proyecto), comete un hecho punible sin ser capaz de poder comprender, por tales motivos, el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, estará exento de pena. La sanción se atenuará si, por iguales razones, la capacidad que se indica se encuentre únicamente disminuida (artículo 15º)”

administrativo previsto en la Ley N° 24657 de deslinde y titulación, actualmente a cargo de Cofopri rural.

2.2.15.6. Con el derecho registral.

El vínculo con los principios y normas que forman parte del derecho registral, se establece a partir de la inscripción de la personería jurídica de las comunidades en los registros públicos y se mantiene en el tracto sucesivo que se da en ciertos momentos en una misma partida electrónica con la inscripción de otros títulos, básicamente referidos al registro de los nombramientos de los nuevos dirigentes, modificaciones al estatuto y de algunos acuerdos adoptados por la asamblea general de la comunidad⁵⁴.

⁵⁴ Cfr. Reglamento de Inscripción del Registro de Personas Jurídicas”, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 038-2013-SUNARP/SN 15. 2.2013.

CAPÍTULO III

EL TERRITORIO COMUNAL

3.1. Introducción.

Uno de los elementos sin el cual no puede existir la comunidad es el territorio. Así, mientras en el derecho agrario se habla de tierras o de predios rurales, en el derecho de comunidades y pueblos indígenas se habla de territorio⁵⁵. Como ya lo hemos precisado en la parte introductoria de este trabajo, los pueblos indígenas vienen reclamando la reforma del artículo 89º de la Constitución vigente, para que estos pueblos sean reconocidos como entidades territoriales y como tales integrar la organización político administrativa del Estado peruano.

Esta suprema aspiración de los pueblos y comunidades indígenas, es algo que ya ha sido incorporado en las constituciones de algunos países de Sudamérica; tal es el caso de la Constitución de Ecuador, en cuyo artículo 224º se dice: “El territorio del Ecuador es indivisible. Para la administración del Estado y la representación política existirá provincias, cantones y parroquias. Habrá circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas que serán establecidas por Ley”. En la Constitución de Colombia, el artículo 286º señala: “Son entidades territoriales los departamentos indígenas...” y, el artículo 329º dispone que “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial con participación de los representantes de las comunidades indígenas previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial”⁵⁶.

⁵⁵ En este sentido discrepamos con la redacción del artículo 2º de la Ley N° 26505, que incluye dentro del concepto de tierras del régimen agrario a cualquier otra denominación legal que reciba el suelo del territorio peruano, distinta al de las tierras de uso agrícola, de pastoreo, las tierras con recursos forestales y de fauna, las tierras eriazas, etc. De otro lado, consideramos que el territorio comunal se rige por la legislación especial de comunidades y sólo supletoriamente por el Código Civil.

⁵⁶ Véase PEÑA JUMPA, Antonio, CABEDO MALLOL, Vicente y LÓPEZ BARCENAS, Francisco. “Constituciones, Derecho y Justicia en los pueblos Indígenas, op. cit. pp. 413-426.

El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en su Parte II. Tierras, artículo 13° inciso 1) distingue entre tierras y territorios. Sin embargo, en el inciso 2) del citado numeral, aclara que “la utilización del término tierras, en los artículos 15° y 16° deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”. En la legislación nacional, la Ley General de Comunidades Campesinas, adopta también una posición ambigua, al referirse tanto al territorio comunal, como a las tierras comunales, coincidiendo en esta última denominación con la Constitución de 1979, bajo cuya vigencia se promulgó el referido texto legal⁵⁷.

El Anteproyecto de la nueva Ley de Comunidades Campesinas, Comunidades Nativas y Pueblos Indígenas, elaborado por la Comisión Especial Revisora de la Legislación de Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, creada por Ley N° 28150, presidida por la congresista Paulina Arpasi Velásquez⁵⁸, en el artículo 34° define al territorio de las comunidades de la siguiente manera: “El territorio de las comunidades campesinas y nativas es la superficie terrestre que cubre la totalidad del hábitat que la comunidad ocupa. El territorio comunal no afecta las fronteras del Estado, su integridad ni su soberanía prevista en la Constitución Política; únicamente implica para los fines especiales de la presente ley, el ámbito y la demarcación superficial en donde se establece el vínculo colectivo entre dichas organizaciones sociales y la tierra que ocupa”.

De esta manera, el anteproyecto pretende zanjar la polémica existente acerca de si se debe hablar de tierras comunales o de territorio

⁵⁷ FIGALLO ADRIANZEN, Guillermo., Origen, inclusión y reafirmación de las Comunidades Campesinas del Perú”, op. cit, p. 172.

⁵⁸ Véase ARPASI VELÁSQUEZ, Paulina, Desarrollo Comunal en la Era Global, Derecho Indígena en el Siglo XXI, Fondo Editorial del Congreso de la República, 2005, pp.148-149.

comunal⁵⁹, inclinándose, por esta última definición con las aclaraciones y salvedades del caso. De lo que hemos expuesto brevemente hasta aquí, queda claro que en el derecho indígena del siglo XXI, en vez de tierra predomina el concepto de territorio, entendido éste como hábitat, espacio suficiente para el desarrollo económico y cultural de las comunidades y los pueblos indígenas.

Acorde con esta última tendencia y destacando la importancia que tiene el territorio para los pueblos y comunidades indígenas, el Tribunal Constitucional considera que: *“...como elemento característico que configura la concepción de la tierra de los pueblos indígenas, debe observarse el artículo 13° del Convenio N° 169 de la OIT que establece que los gobiernos deben respetar la importancia de las culturas y los valores de su relación con sus tierras o territorios”. Agrega el Alto Colegiado que “En el inciso 2), de dicho artículo se establece que la utilización del término “tierras” deberá incluir el concepto de “territorios”, esto debido a la importancia que los pueblos indígenas le dan a los territorios en donde habitan...”*⁶⁰.

Sin embargo, es importante aclarar que el status de territorialidad que se le reconoce actualmente al hábitat de las comunidades campesinas, tanto en el Convenio 169 de la OIT, como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no le quita vulnerabilidad al territorio comunal, porque éste al haber perdido su carácter de inalienable, puede ser enajenado o adquirido por abandono por personas ajenas a la comunidad o por el Estado.

Otra que también alude de un modo un tanto confuso al territorio de las comunidades campesinas y nativas es la Ley N° 26505 Ley de

⁵⁹ DEL CASTILLO PINTO, Laureano. “Ejes centrales para una nueva Ley de Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas”, ídem, p. 38.

⁶⁰ STC. Exp. N° 0022-2009-PI/TC.p.43

Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas⁶¹.

3.2. El Estado y la propiedad comunal sobre la tierra.

El Código Civil, refiriéndose al derecho de propiedad en términos generales, lo define “como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien que debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”. El derecho de propiedad ha ido evolucionando hasta a llegar a constituir un derecho fundamental. En nuestro país está reconocido por el artículo 2.16 de la Constitución. Conforme expresa el Tribunal Constitucional *“La Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo (derecho individual) sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Sin embargo, al igual que otros derechos fundamentales, el derecho de propiedad no es absoluto, pues se encuentra sujeto a eventuales limitaciones impuestas por el interés general. Una de esas limitaciones es la expropiación a que está sujeta la propiedad...”*⁶².

En cuanto a la propiedad sobre la tierra, el artículo 88° de la Constitución indica que el Estado garantiza el derecho de propiedad en forma privada o comunal en cualquiera otra forma asociativa. En el caso de las comunidades campesinas y comunidades nativas, el Tribunal Constitucional *“recuerda que la propiedad comunal de los pueblos indígenas no puede fundamentarse en el enfoque clásico de “propiedad” sobre el que se basa el derecho civil. Para los pueblos indígenas la tierra no constituye un mero bien económico sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc. En sus tierras los pueblos indígenas desarrollan sus conocimientos, prácticas de sustento, creencias, formas de vida tradicionales que transmiten de generación en generación. El Tribunal valora la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y pone de relieve la acentuada interrelación del*

⁶¹ Artículo 1°

⁶² STC Exp. N° 02130-2009-PA-TC.

derecho a la propiedad comunal con otros derechos, tales como la vida, integridad, identidad cultural, libertad de religión”⁶³.

La Ley General de Comunidades Campesinas, de hoy en adelante LGCC, en armonía con el artículo 70° de la Constitución, dispone el territorio comunal puede ser expropiado exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por Ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

El referido numeral, de la LGCC, dice también que cuando el Estado expropia tierras de la comunidad campesina con fines de irrigación, la adjudicación de las tierras irrigadas se hará preferentemente en igualdad de condiciones a los miembros de dicha comunidad. Empero, esto en la práctica no se cumple; citamos como ejemplo las tierras del Proyecto de Irrigación Olmos, que como veremos más adelante, no le fueron ni siquiera expropiadas, sino confiscadas por el Estado a la Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos y luego vendidas en su totalidad, no precisamente a los comuneros sino a los grandes inversionistas nacionales y extranjeros.

En el caso de la Comunidad Campesina de Olmos, el Estado peruano no ha dado cumplimiento a las leyes números 27887, 28042 y 28841; éstas disponen que el 30% de las tierras habilitadas con fondos del Estado deben ser adjudicadas en venta a los pequeños, productores, campesinos sin tierras y profesionales agrarios. El Estado tampoco ha observado en este caso lo dispuesto por el Tribunal Constitucional que ha consagrado el principio de co-participación de la riqueza, en virtud de este principio jurisprudencial, cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio, la obligación del Estado no debe remitirse

⁶³ STC Exp. N° 00024-2009-PI/TC.fj.18).

al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido.

No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión e igual calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia, sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario los miembros de tales pueblos podrían recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos⁶⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Comunidad Indígena Sawhoymaka, ha precisado lo siguiente:

“1) La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título del pleno dominio que otorga el Estado; 2) La posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de la propiedad y su registro; 3) Los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han sido privados o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) Los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas ilegítimamente a terceros inocentes, tiene el derecho a recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”⁶⁵.

⁶⁴ STC Exp. N° 022-2009-PI/TC. Véase también “Derechos de los Pueblos Indígenas” (ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto, en Jurídica. Suplemento de Análisis Legal del diario El Peruano del 13.12.2011, p. 3)

⁶⁵ Párrafo 128 de la sentencia.

Sobre este aspecto, relacionado con el derecho de propiedad que tienen las comunidades campesinas sobre su territorio, en el plano de la jurisprudencia nacional, cabe mencionar la histórica sentencia pronunciada durante su no muy dilatada existencia por el Tribunal Agrario en la causa N° 493-71, en la que se estableció:

“Que en el caso de las Comunidades Campesinas la posesión equivale al título de conformidad con las disposiciones tutelares dictadas a favor , de los denominados indios durante la época republicana contenida en los Decretos Supremos del 8 de abril de 1824, y 4 julio de 1828; la Resolución Legislativa del 11 de octubre de 1893, cuya aplicación debe efectuarse de acuerdo a la correcta ponderación valorativa de la realidad actual, que no permite razonablemente exigir a los campesinos títulos saneados de las tierras cuyo trabajo constituye el único medio de subsistencia que ha podido ofrecerle la organización social hasta la fecha”⁶⁶.

Este mismo Tribunal en otra sentencia emitida en el Expediente 3743-75-Sicuani, a raíz del reclamo formulado por la Comunidad Campesina de Tinta respecto del predio Canora, que estuvo hasta 1781 en posesión de don José Gabriel Condorcanqui, cacique de Pampamarca, Tungasuca y Surimana, conocido como Túpac Amaru, se pronunció a favor del reclamo, sosteniendo:

TITULO: REIVINDICACION

EXP. 3743-75

Sicuani

FECHA: 30. Nov. 1976

"La orden de confiscación y remate de los bienes de Túpac Amara careció de valor jurídico, puesto que recaía sobre derechos legítimos que tenían en el país mayor antigüedad que la corona española. Dichos actos de confiscación, tuvieron su base sólo en hechos de fuerza, al margen de todo derecho siendo por ello nulos". "No puede fundamentarse ningún derecho de dominio sobre los efectos de un acto de barbarie".

⁶⁶ MONTOYA FERNÁNDEZ, Serapio. Jurisprudencia Agraria, Tomo II, Cuzco – Perú, 1976, pp. 124 - 125

"Una Comunidad puede reivindicar un predio que le fuera confiscado por los españoles sin que funcione la prescripción".

"Lima, treinta de noviembre de mil novecientos setentiséis". —

VISTOS; con el expediente que se acompaña; por sus fundamentos pertinentes; CONSIDERANDO: Que a fojas doscientos dieciséis y siguientes en los documentos originales ofrecidos como prueba por la demandada se acredita que el predio comunal Canora, reclamado por la comunidad campesina de Tinta, que estuvo hasta mil setecientos ochentiuno en posesión de don José Gabriel Condor-canqui cacique de Pampamarca, Tungasuca y Surimana que ha pasado a la historia con el nombre de Túpac Amaru II, se hallaba en mil setecientos noventiuno en poder del Cura del lugar don Antonio Valdez quien dijo haberlo comprado en el remate de los bienes del prócer de la dinastía real de los Hanan Cuzco; que la orden de confiscación y remate de los indicados bienes dada por un representante de la Corona Española careció de valor jurídico puesto que recaía sobre derechos legítimos que tenían en el País mayor antigüedad que la autoridad española cuyo poder estuvo a punto de terminar después de la batalla de Sangarará del dieciocho de noviembre de mil setecientos ochenta, con lo que se demuestra que dichos actos de confiscación y remate tuvieron base sólo en hechos de fuerza al margen de todo derecho, siendo por consiguiente nulos en su naturaleza y efectos jurídicos; que el predio rústico Canora pertenecía al patrimonio comunal de Tinta, dentro de cuyo territorio se halla actualmente, conforme se demuestra en la inspección ocular de fojas setentidós, y que de conformidad con las leyes tradicionales locales y también con las Ordenanzas españolas respecto a las tierras de los naturales no podía ser objeto de disposición y venta tal como se hizo en esa oportunidad; que desde otro punto de vista, puesto que el Derecho, la Historia y la Moral determinan la significación trascendental de los actos humanos, no puede fundamentarse ningún derecho de dominio sobre los efectos o consecuencias de un acto de barbarie de un delito de lesa humanidad condenado unánimemente a través de los siglos, realizado, precisamente, contra uno de los más ilustres próceres de la gesta emancipadora; que la obra y el sacrificio de Túpac Amaru II y la de los otros precursores inician la campaña nacional libertaria y contribuyen poderosamente a su triunfo en

Junín y Ayacucho y a su desenvolvimiento posterior en los aspectos de la justicia social y de la reivindicación de los derechos de las grandes masas humanas campesinas; que hay fundamento para la reivindicación de las tierras que estuvieron en posesión del vencedor de Sangarará y que pertenecieron junto con su poseedor al núcleo comunitario y a la raza de los hombres que forjaron, con su base en el Perú, el más formidable imperio de América prehispánica; que con el instrumento público de fojas ciento ochenticuatro se acredita que el predio Apaza Pampa o Mayupata fue adquirido legítimamente como propiedad particular y a cedentes no comuneros en mil novecientos siete por el padre de la demandada REVOCARON la sentencia de fojas doscientos tres, de treintiuno de diciembre de mil novecientos setenticinco, en cuanto declara infundada la acción de reivindicación del predio Canora y en cuanto declara fundada la excepción de preescripción extintiva de la acción real con relación a dicho predio y fundada la acción de reivindicación del predio Apaza Pampa o Mayupata; reformándola en estos puntos declararon fundada la primera e infundadas las últimas; la CONFIRMARON en lo demás que contiene; y los devolvieron en los seguidos por la Comunidad Campesina de Tinta con don Prudencio Chacón y otros, sobre reivindicación y otras acciones.—

SS. Landeo, Ugarte, Castro Pozo, León-relator.-

La Corte Suprema de Justicia de la República, por resolución del 23 de Marzo de 1939, fue la primera en declarar que los indios son dueños de las tierras que poseen; así en el caso de las comunidades campesinas, la posesión desde ese entonces equivale al derecho de propiedad⁶⁷. Este criterio interpretativo de nuestros tribunales que nosotros denominamos *favor comunitatis*, que busca garantizar la protección efectiva de los derechos de posesión y propiedad de las comunidades y pueblos indígenas, ha sido retomado con nuevos bríos a nivel hemisférico por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios casos

⁶⁷ Cabe aclarar al respecto que, tratándose de la posesión de tierras que no son comunales, el Tribunal Constitucional, considera que el derecho de posesión no incluye el contenido esencial del derecho de propiedad, pues la posesión tiene que ver con un contenido estrictamente legal, cuya definición y tratamiento se ubica fuera de los supuestos constitucionalmente relevantes del derecho de propiedad, por lo que no corresponde su trámite en la vía del proceso de amparo (STC. Exp. N° 3773-2009-PA/PC y STC. Exp. N° 05007-2006-PA/TC).

considerados emblemáticos; esto desde luego no impide a las comunidades contar con un título de propiedad otorgado por el Estado.

3.3. La titulación del territorio comunal.

La necesidad de formalizar la propiedad que tienen las comunidades campesinas sobre sus territorios ancestrales, se puso de manifiesto una vez finalizada la Reforma Agraria, al término del gobierno militar en sus dos fases. La Constitución de 1979, le restó importancia a la posesión de las tierras, al suprimir el requisito de la conducción directa de la tierra, otorgándole preeminencia al derecho de propiedad sobre la misma. En el caso de las comunidades campesinas y comunidades nativas, ello implica que tengan un título de propiedad que les permita garantizar su territorio y administrar los recursos comunales.

Dentro de esta nueva orientación vinculada a los postulados de la economía de mercado, que después fue ratificada por la Constitución vigente y cuya finalidad es darle seguridad jurídica a las diferentes formas de propiedad sobre la tierra que existen en el territorio nacional, se dictó la Ley N° 24657 de Deslinde y Titulación del Territorio de las Comunidades Campesinas. De acuerdo a esta ley, cuando las comunidades campesinas carecieran de títulos de las tierras que poseen o hubiere disconformidad entre el área real y las que indican los títulos o estos fueran imprecisos en cuanto a sus linderos, medidas perimétricas o tierras superficiales que comprenden dicho territorio, tales defectos se salvarán en la forma que se establece su articulado (artículo 3°).

Dicha ley, señala que salvo las áreas en controversia, el plano de conjunto, las actas de colindancia y la memoria descriptiva, constituyen títulos definitivos de propiedad de la comunidad campesina sobre su territorio. Únicamente por su mérito, los Registros Públicos, los inscribirán a nombre de la comunidad campesina. El plano deberá expresar el área, los linderos y las medidas perimétricas del territorio comunal, así como la

denominación de los predios colindantes y los nombres de sus respectivos propietarios (artículo 10°). Únicamente, en caso que hubiere áreas de controversia, la Dirección Regional Agraria, de oficio, remitirá al Juzgado respectivo el expediente de levantamiento de plano de conjunto de la comunidad, para que éste se pronuncie sobre dichas áreas (artículo 11°).

En caso de que el colindante sea otra comunidad y no estuviese de acuerdo con la línea del lindero indicada por la comunidad, cuyo plano es materia de levantamiento, se procederá de conformidad con los artículos 8°, 9° y 10° de la presente ley, en lo que sea pertinente y se remitirá el expediente al juez respectivo para que declare el derecho de propiedad únicamente sobre las áreas en controversia. Las comunidades a las que se refiere el presente artículo si así lo estimaran conveniente, podrán someter su controversia a la decisión de arbitraje, previo acuerdo de dos tercios de los miembros calificados de sus respectivas asambleas generales (artículo 13°).

Cuando se trate de predios ubicados dentro del territorio de propiedad de la comunidad campesina, la declaración del derecho de propiedad se hará por el juez, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12° de la presente ley (artículo 14°). En este artículo, la ley de deslinde y titulación, se refiere al supuesto de que la comunidad no sea la única propietaria de las tierras que existen dentro de su territorio. Como se sabe, muchas comunidades han sido reconocidas por Resolución Suprema, pero en esas resoluciones se deja a salvo los predios de propiedad privada, que puedan existir dentro del territorio de la comunidad, que ha sido objeto de reconocimiento oficial por el Estado.

Puede ser que se trate de propiedades de terceros o de los propios comuneros que se sienten dueños de la tierra que poseen. Esto por supuesto se respeta, siempre y cuando el dominio de sus tierras haya

sido adquirido por contrato o por sucesión hereditaria con anterioridad al 18 de Enero de 1920, a partir de cuya vigencia las tierras de las comunidades adquirieron la condición de imprescriptibles⁶⁸. Si estas personas son o no propietarias, la declaración del derecho de propiedad lo hará el juez observando el procedimiento establecido en el artículo 2° de la presente ley”.

3.4. Régimen constitucional de las tierras comunales.

3.4.1. La Constitución de 1920.

Como muy bien lo ha recordado J. Pareja “La República ha sido la que ha aplicado los golpes más duros al sistema comunal. Le fueron hostiles 100 años de legislación liberal, desde los decretos de Bolívar de 1824 y 1825 que ordenaron su disolución, así como todas las constituciones anteriores y los códigos civiles y procesales que al olvidarlos, las pusieron tácitamente al margen de la ley”⁶⁹. La Constitución de 1920 quiso poner punto final a esta situación de injusticia y reivindicar a la clase indígena. Así, no solo reconoció la existencia legal de las comunidades de indígenas, sino que también declaró que los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público en los casos y en la forma que establezca la ley⁷⁰.

Por lo general, sólo a los bienes de dominio público, es decir, de propiedad del Estado, se les considera imprescriptibles, pero la Constitución de 1920, también le confirió el carácter de imprescriptibles a los bienes de las comunidades de indígenas equiparándolas con los de dominio público; pero, respecto a esta

⁶⁸ El Decreto Supremo N° 8 expedido el 10 de Mayo de 1961 establece que “el reconocimiento e inscripción oficial de una comunidad indígena, constituye solo el otorgamiento de su personería jurídica, quedando a salvo el derecho de terceros sobre las tierras que la solicitante alega de su exclusivo dominio” (artículo 6°). También dispone que “cualquier persona jurídica, singular o colectiva que se crea con legítimo interés, podrá oponerse al reconocimiento e inscripción de una comunidad”. (art. 7°).

⁶⁹ Informativo legal agrario: “Comunidades Campesinas Informe Especial” N° 11, Enero – Mayo 1982, p. 13.

⁷⁰ PAREJA y PAZ SOLDÁN, José. “Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979, Justo Valenzuela Editor, Lima – Perú, 1981, op. cit, p. 132.

última clase de bienes estatales, existe la posibilidad de que sean desafectados y pasen a adquirir la condición de bienes de dominio privado del Estado y, por tanto ser susceptibles de ser enajenables, prescriptibles y embargables. Esto no puede ocurrir respecto a la imprescriptibilidad que tienen hasta la actualidad las tierras de las comunidades campesinas y las comunidades nativas donde no es posible que funcione en términos del derecho civil una *possessio ad usucapionem*⁷¹.

3.4.2. La Constitución de 1933.

Ya desde el derecho romano se concebía la existencia de bienes que estaban dentro del comercio y fuera del comercio de los hombres a los que se les conocía como *res in commercium* y *res extra commercium*. Entre los bienes inalienables estaban los bienes públicos o del Estado, las cosas divinas, etc.⁷². Resulta que, por razones de interés público y a fin de garantizar la supervivencia de las comunidades indígenas en nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución de 1933, estableció que la propiedad de las comunidades es imprescriptible e inalienable, salvo en caso de expropiación por causa de utilidad pública previa indemnización. Es asimismo, inembargable (artículo 209°).

Empero, la prohibición absoluta de enajenar las tierras comunales que contenía la Carta Política de 1933, fue sutilmente dejada de lado en un primer momento por el Decreto Ley N° 17716, Ley de Reforma Agraria que facultó a las comunidades campesinas para que puedan ceder el uso de sus tierras a cooperativas o a sociedades agrícolas de interés social integradas unas y otras por miembros de la misma comunidad, bajo

⁷¹ Constitución Política de 1920, artículos 58° y 41° Colección Constitucional Peruana, Primera Edición Oficial, Editora Perú, 2005, pp. 20 – 24.

⁷² LEÓN BARANDIARÁN, José “Someras consideraciones acerca de las tierras públicas según el Código Civil. Relaciones con la Reforma Agraria. La alienabilidad y la usucapibilidad en cuanto a las tierras públicas”; artículo publicado en Cuadernos Agrarios. Año 11 – N° 3, Revista del Instituto de Derecho Agrario, Lima Perú, 1979, pp. 7 – 10.

condiciones que eran aprobadas por el Ministro de Agricultura (artículo 125°). Más adelante como veremos vendrían otros cambios.

3.4.3. La Constitución de 1979.

La Constitución de 1979, que según algunos críticos significó un retroceso legislativo en materia de comunidades campesinas⁷³, dentro del Título III relativo al “Régimen Económico”, incorpora el Capítulo VII dedicado al “Régimen Agrario” y el Capítulo VIII que se ocupa de las Comunidades Campesinas y Nativas. De estos dos capítulos, por estar directamente relacionados con el tema que es materia de este trabajo, transcribimos los siguientes artículos:

Artículo 157°.- El Estado garantiza el derecho de propiedad privada sobre la tierra en forma individual, corporativa o comunal autogestionaria o cualquier otra forma asociativa, directamente conducida por sus propietarios, en armonía con el interés social y dentro de las regulaciones y limitaciones que establecen las leyes (...).

Artículo 161°.- Las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece. El Estado respeta y protege las tradiciones de las comunidades campesinas y nativas, propicia la superación cultural de sus integrantes.

Artículo 163°.- Las tierras de las comunidades campesinas y nativas son inembargables e imprescriptibles y también son inalienables, salvo ley fundada en el interés de las comunidades y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros

⁷³ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Los Derechos Reales, Tomo I Cuarta Edición, Talleres Gráficos TL Villanueva, 1973, p. 86

calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad pública. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la comunidad.

Tal como se dice en la exposición de motivos de la citada Constitución, sobre el Régimen Agrario se buscaba elevar el nivel de vida de los habitantes de las comunidades incorporándolos al ritmo evolutivo de la hora actual, y a las necesidades y metas que demanda el país⁷⁴. El artículo 163° de la Carta Política de 1979, si bien estableció que las tierras de las comunidades campesinas y nativas, aparte de ser inembargables e imprescriptibles, también eran inalienables; en este último caso permitió que las tierras comunales puedan ser vendidas, previo acuerdo adoptado por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de la comunidad y con el requisito adicional de solicitarle al Poder Legislativo que autorice la venta mediante una Ley. Evidentemente, se trataba de un trámite engorroso y difícil de concretar; por lo que no es cierto que el territorio comunal haya quedado totalmente desprotegido en esta Constitución.

3.4.4. La Constitución de 1993.

La Constitución de 1993 de marcado tinte neoliberal, como ya lo hemos puntualizado anteriormente, elimina las barreras proteccionistas, establecidas en las constituciones anteriores, la de 1920, la de 1933 y la de 1979 que consagraban la imprescriptibilidad, la inalienabilidad y el carácter inembargable de las tierras de las comunidades campesinas. En la nueva Constitución sólo se dice que la propiedad de las tierras comunales es imprescriptible, salvo en el caso de abandono, en

⁷⁴ “Asamblea Constituyente y Régimen Agrario. Exposición de motivos”, publicada en Cuadernos Agrarios N° 3, cit. p. 128.

que según provisión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta (artículo 88°).

De otro lado, al proclamar la norma constitucional la autonomía de las comunidades en el uso y la libre disponibilidad de sus tierras, deja abierta la posibilidad para que las tierras comunales puedan ser gravadas en prenda o en hipoteca y de ser el caso enajenadas (artículo 85°)⁷⁵. Los que están a favor de esta norma constitucional, sostienen que el dominio le concede al titular de un bien la facultad de usar y disponer libremente de los bienes que forman parte de su patrimonio, y que no es posible que las comunidades campesinas y nativas no puedan tener el derecho de libre disponibilidad de sus tierras, pues, uno de los atributos clásicos de la propiedad es precisamente el *jus abutendi*. También se argumenta que el carácter de inembargable que se le atribuía a la propiedad comunal en las constituciones anteriores, impide que las comunidades puedan ser sujetos de crédito.

3.5. La privatización de las tierras comunales.

En el siglo XXI se ha producido una nueva forma de absorción de las tierras comunales por los neo o megalatifundios. Estos se han globalizado a través de la actividad agroexportadora que realizan a gran escala a los distintos centros internacionales de consumo masivo. Es un proceso de acumulación de tierras que se inició en el siglo XVII; fue interrumpido brevemente a fines de la década de los años 60 del siglo pasado por la Reforma Agraria del general Velasco Alvarado; retornando con brutal ímpetu expansivo en los últimos años los megalatifundios, alentados por las políticas neoliberales y privatizadoras, puestas en marcha por los

⁷⁵ LAPENÑA, Isabel. “Dicen que somos el atraso. Propiedad comunal y agrobiodiversidad en el Perú, SPDA, Lima, enero 2012, p. 25.

cuatro últimos gobiernos que se han alternado en el poder, el de Fujimori, el de Toledo el de Alan García y el de Humala⁷⁶.

En un recordado artículo titulado “El síndrome del perro del hortelano”, el ex gobernante aprista Alan García, guiado por criterios exclusivamente de mercado, al ocuparse de las comunidades campesinas, señaló que sus habitantes “viven en extrema pobreza (...) esperando que el Estado les lleve toda la ayuda, en vez de poner en valor sus cerros y tierras, alquilándolas o transándolas, porque si son improductivas para ellos, si serán productivas con un alto nivel de inversión o de conocimiento que tenga un nuevo comprador”.

3.5.1. La Ley N° 26505.

Tratando de complementar el artículo 89° de la actual Constitución que consagra la libre disponibilidad de las tierras comunales, el gobierno de Alberto Fujimori promulgó la Ley N° 26505, Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas. Esta ley establece “que para la adquisición en propiedad de miembros de la comunidad no poseionarios o de terceros, así como para gravar o arrendar o ejercer cualquier acto de disposición sobre las tierras comunales de la costa, se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la asamblea instalada con el quórum correspondiente (artículo 10° inc. b).

La misma ley dispone que “para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la sierra o selva, se requerirá del acuerdo de la asamblea general con el voto conforme de no menos de dos tercios de todos los miembros de la comunidad” (artículo 11°, inc. b).

⁷⁶ Idem, p. 22

Esta ley fue de inmediato objetada de inconstitucionalidad. Así, por ejemplo, en un pronunciamiento efectuado por la Coordinadora de Federaciones Agrarias del Norte (FRADEPT, FEDECAL, FECCRLIB, FEDUCARC-JCM), se efectuaron los siguientes cuestionamientos:

- a) “Pretende eliminar la propiedad comunal como tal imponiendo la titulación individual de los comuneros que son poseedores de las parcelas y cuya titularidad detenta la comunidad campesina como persona jurídica. En este sentido, vulnera el precepto constitucional que declara que “el derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza” (artículo 70°) y también vulnera lo establecido en el artículo 88° que establece que “El Estado garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquier otra asociativa.
- b) Al imponer la titulación individual de las parcelas comunales mediante la declaración de que cualquier documento expedido por la comunidad a favor de sus miembros constituye “título suficiente de dominio” y luego al establecer su correspondiente inscripción en los Registros Públicos en forma gratuita (...) vulnera el artículo 89° de la Constitución que declara que las comunidades campesinas son autónomas en el uso y libre disposición de sus tierras”⁷⁷.

3.5.2. El Decreto Legislativo N° 1015.

Dentro de este contexto y en uso de las facultades legislativas delegadas por el Congreso al Ejecutivo, para la implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (TLC), el presidente Alan García promulgó el Decreto Legislativo N° 1015, norma que pretendía allanar el camino para que las comunidades

⁷⁷ AVANCES 3, Instituto de Desarrollo Regional – INDER, cit., p. 15.

de la sierra y de la selva puedan disponer de sus tierras con mayor facilidad, vendiéndolas a terceros, al establecer la unificación de los procedimientos de las indicadas comunidades, con los de las comunidades de la costa, con la finalidad de mejorar su producción y competitividad.

De esta manera, para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no poseionarios o de terceros, así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales ya no se requerirá el voto a favor de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la comunidad, sino de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente. Para el logro de tal finalidad, se dispuso la modificación del artículo 10º y la derogación del artículo 11º de la Ley Nº 26505, Ley de Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas.

La norma en mención también fue cuestionada de inconstitucionalidad en varios aspectos; uno de ellos, era que había incumplido con el Convenio 169 de la OIT, al no haber consultado a las comunidades con una norma que las afectaba en sus territorios. Asimismo, ante una consulta del Congreso, la Defensoría del Pueblo; había opinado señalando que “el Estado debe prever una protección especial a las tierras comunales y por ende debería requerirse un número de votos calificados de un 66% que refleje la voluntad de casi la totalidad de los comuneros en caso de que se pretenda desprender de aquella”⁷⁸.

⁷⁸ Defensoría del Pueblo, Informe Nº 016-2008-DP.

Las protestas de las comunidades afectadas con ésta medida no se hicieron esperar. Lamentablemente, esas protestas tuvieron un final sangriento con el tristemente célebre “baguazo”. Esto hizo retroceder al gobierno que se vio obligado a expedir la Ley N° 29261, ley que deroga los Decretos Legislativos números 1015 y 1073 y restituye la vigencia de los artículos 10° y 11° de la Ley N° 26505. Esta norma fue publicada en el diario oficial el 21 de setiembre del 2008.

3.5.3. La Ley N° 26845.

La Ley N° 26845, Ley de Titulación de las Tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa, publicada el 23 de julio de 1997, también durante el fujimorato, impone la titulación individual de los comuneros de las comunidades campesinas de la costa, abriendo así paso a la desintegración acelerada de estas instituciones. En el artículo primero de las Disposiciones Generales, la norma bajo comentario, declara de interés nacional el otorgamiento de títulos de propiedad y la inscripción registral de las tierras de las comunidades campesinas de la costa y las de sus comuneros que adopten la decisión de proceder a la adjudicación en parcelas individuales o en copropiedad, con el fin de garantizar los derechos de esas comunidades al uso y la libre disposición de sus tierras, los derechos de los comuneros a la propiedad individual y a la herencia y a la iniciativa privada.

Esta es otra de las intromisiones legislativas del Estado, en un dominio que está constitucionalmente reservado a la comunidad, pues, de acuerdo con el artículo 89° de la Constitución, las comunidades campesinas y comunidades nativas son autónomas en lo económico y administrativo.

Dado el espíritu individualista que tiene, esta ley se asemeja en cierta forma al famoso Decreto del 8 de abril de 1824, dictado por Bolívar, que dispuso el reparto de las tierras entre los indios; como ya hemos visto, éstos en virtud de este úkase pasaron de ser posesionarios de la tierra a ser propietarios de ella, con expresas facultades para venderlas o enajenarlas. Con ello el libertador decretó en la práctica la extinción de las comunidades. A decir de Robles Mendoza. "... este decreto apunta indirectamente a la disolución de la comunidad por considerarla una traba para el progreso de la nueva República. Fomenta el individualismo al estilo fisiocrático europeo del siglo XVIII y liberaliza la propiedad comunal de la tierra por la vía de la enajenación"⁷⁹.

La no desaparición de las comunidades a consecuencia de esta nefasta experiencia histórica, se explicaría de algún modo, como sugieren Matos Mar y Fuenzalida, porque "... los repartos no llegaron a su plena ejecución por lo corto del gobierno de Bolívar, por la inestabilidad de las primera décadas de vida republicana y porque la organización incipiente de la nueva nación no lo llegó a permitir..."⁸⁰.

El economista Hernando de Soto, considera que la propiedad a la que aspiran los indígenas para salir de su pobreza y su postración en aspectos de salud, educación y otros servicios, solo llegará con los instrumentos modernos de la economía de mercado y que la cosmovisión indígena no es incompatible con la globalización. El autor de "El otro sendero", está convencido que un pueblo pobre, sin derechos claros, su territorio y su actividad empresarial, no tiene recursos para defender su cultura, idioma,

⁷⁹ ROBLES MENDOZA, Román. Legislación peruana sobre comunidades campesinas, op. cit. p.39

⁸⁰ MATOS MAR, José, FUENZÁLIDA VOLLMER, Fernando, en Hacienda comunidad y campesinado en el Perú, op. cit. p. 22.

costumbres y tradiciones. A partir de allí, ha elaborado una propuesta para que los indígenas amazónicos consideren la posibilidad de adoptar los derechos de propiedad y de empresa⁸¹.

3.5.4. Régimen de tenencia y uso de las tierras comunales.

El régimen de tenencia y uso de las tierras comunales, se encuentra regulado por la LGCC y su reglamento; y adicionalmente por el estatuto de cada comunidad, campesina. Dentro de este régimen de propiedad colectiva, la comunidad es la única dueña de las tierras, siendo los comuneros usufructuarios de las mismas. Esta ley establece que las comunidades campesinas pueden ceder el uso de sus tierras a favor de sus unidades de producción empresarial manteniendo la integridad territorial comunal (art. 8º).

Prohíbe, asimismo, la LGCC, el acaparamiento de tierras dentro de la comunidad. Cada comunidad lleva un padrón de uso de tierras, donde se registran las parcelas familiares y sus usuarios. Igualmente dispone que cada comunidad campesina determina el régimen de uso de sus tierras, en forma comunal, familiar o mixta (Art. 11º). Las parcelas familiares deben ser trabajadas directamente por comuneros calificados, en extensiones que no superen a las fijadas por la Asamblea General de cada comunidad, de acuerdo a su disponibilidad de tierras y dentro del plazo que señala el reglamento (art. 12º). En armonía con esta disposición, el R.L.C.C en su artículo 47º inciso b), ha previsto como una de las atribuciones de la Asamblea General, fijar la extensión máxima de las parcelas familiares que deben ser trabajadas directamente por cada comunero calificado jefe de familia, así como, determinar la cantidad máxima de ganado de su

⁸¹ Véase DE SOTO POLAR, Hernando. “La Amazonía no es una Avatar”, suplemento contratado publicado por el diario La República, el 5.6.2010.

propiedad que puede pastar en tierras de pastos naturales de la comunidad.

Consideramos atinadas estas dos últimas disposiciones legales, ya que anteriormente el Decreto Supremo N° 37.70-A, denominado Estatuto Especial de Comunidades Campesinas sólo permitía el uso individual de parcelas en los casos de tierras con aptitud agrícola, en extensiones que no superen la unidad agrícola familiar señalada para la zona, ni sean menores de un cuarto de hectárea con el objeto de construir un huerto familiar (art. 102º).

Indudablemente, el tope máximo fijado por el indicado Estatuto, equivalente a una unidad agrícola familiar que era de tres hectáreas en todos los casos, resultaba demasiado reducido. Con ello se perpetuaba la pobreza en las comunidades, al obligar a sus integrantes a vivir dentro de una débil economía agrícola de subsistencia. Por eso, en la nueva normatividad sobre comunidades, se ha dejado en libertad a la asamblea comunal, para que de acuerdo con la extensión de tierras disponibles, pueda fijar razonablemente los límites o el tamaño que deben tener las parcelas familiares, evitando eso si incurrir en privilegios a favor de ciertos comuneros o de dirigentes, porque eso no haría sino ahondar la desigualdad social, al propiciar la existencia de comuneros ricos y de comuneros pobres, desvirtuando la propia esencia de la comunidad.

La L.G.C.C. también ha previsto que es el Asamblea General de la Comunidad, la que determina la cantidad máxima de ganado de propiedad de cada comunero calificado que puede pastar en ellas, así como la destinada al establecimiento de unidades de producción comunal (art. 13º).

Finalmente, la L.G.C.C., ha dispuesto que la extinción de la posesión familiar será declarada con el voto favorable de los dos tercios de los miembros calificados de la Asamblea General de la comunidad, la que tomará posesión de las parcelas abandonadas o no explotadas en forma directa por los comuneros, así como las que excedan a la extensión fijada por la Asamblea General, previo pago de las mejoras necesarias hechas en ellas (art. 14º).

Para que se produzca la reversión de las parcelas familiares al seno de la comunidad, dicha norma establece los siguientes requisitos:

- a) Que la extinción de la posesión familiar sea aprobada por los dos tercios de los comuneros calificados reunidos en asamblea general.
- b) Que se trate de parcelas abandonadas o no explotadas directamente por los comuneros, o que excedan a la extensión fijada por la asamblea.
- c) Que se efectúe el pago previo de las mejoras necesarias hechas en la parcela o parcelas, cuya reversión ha sido aprobada por la asamblea.

Puede darse el caso que, las parcelas asignadas a los comuneros en usufructo sean abandonadas por éstos, al no existir utilización del bien o explotación del suelo; o puede ser que se presenten casos de conducción indirecta de las tierras comunales, al comprobarse que éstas han sido cedidas por comuneros que se sienten propietarios en arrendamiento, “al partir”, en aparcería o en anticresis⁸² a favor de otros comuneros o de terceros; y finalmente, también podría suceder que la parcela cedida exceda

⁸² Informativo Legal Agrario N° II, Comunidades Campesinas, cit. p. 13

en su extensión el límite fijado, en la forma que hemos señalado anteriormente por la Asamblea General.

En todos estos casos, la comunidad campesina tiene el derecho de reversión para que la tierra de la que es dueña retorne a su poder; pero para que ello se produzca, es necesario que exista un acuerdo adoptado democráticamente en asamblea, con una aprobación de los dos tercios de los comuneros calificados.

Si existieran mejoras necesarias⁸³, éstas deben ser previamente valorizadas a precio actual y pagadas, caso contrario se produciría una confiscación, es decir, un acto de despojo arbitrario del derecho de propiedad. Nos parece injusto que la ley contemple solo el pago de las mejoras necesarias y no de las útiles. Si no se le reembolsan las mejoras, el comunero cuya parcela va a ser revertida por la comunidad tiene el derecho de retención.

Mientras no se presenten las causales previstas en el artículo 14º de la L.G.C.C., para la extinción de la posesión familiar, la comunidad está obligada a respetar esa posesión, sino es así, el comunero puede ejercer la defensa posesoria extrajudicial y recobrar el bien sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, o

⁸³ De acuerdo al Código Civil, las mejoras son necesarias, cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro de un bien (art. 916º). El poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución. En los casos en que el poseedor debe ser reembolsado de mejoras, tiene el derecho de retención (art. 918º).

Jurisprudencia.- Modificación de la cosa “Las mejoras son aquellas obras que importan la modificación de la cosa, con el consecuente aumento de su valor económico y que conforme las clasifica el artículo 916º del Código Civil puede ser útiles, necesarias o de recreo (...).

En ese sentido el artículo 917º del código sustantivo, ha dispuesto el derecho al pago de las mejoras necesarias y útiles que tiene todo poseedor que deba restituir el bien (...) (Casación 1054-00 ju.08.2000).

La interpretación correcta de la norma contenida en el artículo 917º del Código Civil es que el pago de las mejoras necesarias y útiles sólo puede ser amparado si el demandante acredita que posee el bien inmueble con título válido, y si ha contado con la autorización expresa o tácita del propietario para hacerlo (...) (Casación. 2733-99, jun 21.2000).

utilizar la defensa posesoria judicial, a través de las acciones posesorias y los interdictos⁸⁴.

La Ley N° 26845, Ley de Titulación de las Tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa, declara de interés nacional el otorgamiento de títulos de propiedad y la inscripción registral de las tierras de las comunidades campesinas de la costa y las de sus comuneros que adopten la decisión de proceder a la adjudicación en parcelas individuales o en copropiedad, con el fin de garantizar los derechos de las comunidades campesinas de la costa al uso y la libre disposición de sus tierras, los derechos de los comuneros a la propiedad individual y a la herencia y al ejercicio de la iniciativa privada...” (art. 1°).

De conformidad con esta ley, los comuneros poseedores por más de un año, podrán solicitar la adjudicación a título de propiedad de las tierras que conducen. Para la aprobación de la solicitud se requiere el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento (50%) de los comuneros poseedores por más de un año, asistentes a la Asamblea. Este acuerdo puede realizarse entre comuneros poseedores ubicados en el mismo anexo o sector, cuyos alcances son definidos en el reglamento (art. 6°).

Según la Tercera Disposición Complementaria y Final de esta ley, son válidos los acuerdos sobre el régimen de la propiedad de la tierra comunal, incluidos los referidos a la adjudicación a favor de comuneros posesionarios, que hayan sido adoptados con anterioridad a la promulgación de la presente ley.

⁸⁴ **Jurisprudencia.- Acciones posesorias e interdictos.** “El artículo 921° del Código Civil establece las formas de defensa judicial de la posesión, señalando como tales a las acciones posesorias y a los interdictos (...). Las primeras se conceden a aquellos que tienen derecho a la posesión, mientras que los segundos tienen por finalidad defender al poseedor actual, sin entrar a considerar si tienen derecho o no a la posesión (...)” (Casación. 3190 – 99. Abril 18.2000).

El anteproyecto de Ley de Comunidades Campesinas, Comunidades Nativas y Pueblos Indígenas, a diferencia de la actual Ley General de Comunidades Campesinas, no contiene un capítulo donde se legisle sobre el régimen de tenencia y uso de las tierras comunales; tan sólo en el artículo 9º, prescribe que “El Estado garantiza el derecho de propiedad y posesión de las comunidades campesinas y nativas sobre las tierras que ocupan y que aprovechan, de conformidad con la Constitución Política del Estado, la legislación sobre la materia y las normas del Título V de la presente Ley”.

En el Título V de dicho anteproyecto, referente al territorio y los recursos naturales, tampoco se dice algo al respecto; sólo se habla en términos generales sobre el territorio comunal, de las clases de tierras comunales y de las tierras no consideradas de propiedad de la comunidad⁸⁵. Esto a nuestro entender constituye una lamentable omisión, pues se subordina la regulación de este tema a normas reglamentarias, cuando ello corresponde a la ley de comunidades, por tener ésta el carácter de norma de desarrollo constitucional; lo cual no quiere decir que los aspectos complementarios no puedan ser desarrollados en el reglamento de la ley.

3.5.5. Tierras que forman parte del territorio comunal.

La Ley N° 24657 es específica al señalar que el territorio de las comunidades campesinas está integrado por las tierras originarias y las tierras adquiridas de Reforma Agraria. Las tierras originarias comprenden las que la comunidad viene poseyendo, incluyendo las eriazas y las que indican sus títulos. A continuación nos ocupamos *grosso modo* de estas clases de tierras comunales.

⁸⁵ Véase Anteproyecto de Ley de Comunidades Campesinas, Comunidades Nativas y Pueblos Indígenas, en Desarrollo Comunal en la era Global, op. cit. p. 129 y ss.

3.5.5.1. Tierras originarias.

Históricamente, se sabe que los clanes o fratrias primitivas fueron las primeras formas de existencia humana, que habitaron en el territorio nacional. Eran grupos reducidos de personas unidas por vínculos de sangre o de parentesco. Se dedicaban a la pesca, la caza y la recolección, por lo que tenían que llevar una vida de nómades. Así subsistieron estos pequeños grupos beligerantes hasta el descubrimiento de la agricultura, en que se vieron obligados a afincarse en un determinado espacio convirtiéndose en sedentarios, lo que dio lugar a la formación de los ayllus⁸⁶; núcleos humanos más numerosos que los clanes, que poseían y explotaban la tierra en común. Los ayllus tenían vocación de permanencia y ocupaban un mismo territorio al que se le denomina la “marca”⁸⁷.

⁸⁶ El Ayllu, significa Clan; unidad social fundamental formada por el conjunto de descendientes de un antepasado común, real o supuesto (L. Baudin. “El Imperio Socialista de los Incas”; p. 394). El historiador Jorge Basadre refiriéndose a los ayllus pre-inca sostiene que “En el Perú antiguo, la palabra ayllu parece corresponder, a la vez, a clan, sibgens y fratria; Ayllu es palabra común a los idiomas quechua y aymara (...). Quiere decir, entre otras cosas, comunidad, linaje, genealogía, casta, género, parentesco. En su acepción usual, es el conjunto de personas que se llaman descendientes de un mismo tronco y trabajan la tierra en forma colectiva. La idea de descendencia de un tronco común aparece no solo con el significado de un vínculo de parentesco, sino a la vez, con un sentido religioso, porque el progenitor, convertido en animal o ser inanimado es objeto de adoración (totemismo). Al lado de estos vínculos de parentesco y religioso, el trabajo común de las tierras da a los miembros del ayllu un ligamen de tipo económico, a la vez que territorial”. El mismo historiador al analizar la situación de los ayllus en el Estado Inca, señala que “El ayllu ya no sirvió, otrora, al ayllu mismo, sino al Estado y a sus fines de expansión y dominación; fue la trama con la que se tejió la red administrativa y tributaria. Coexistieron, pues, el Estado y el ayllu. Mejor dicho, el Estado y la agrupación amplia cuyos miembros reconocen el vínculo de parentesco y que, en otras partes (clan, sibgens, fratria, genes), desaparece con el advenimiento del Estado” (Historia del Derecho Peruano, Biblioteca Peruana de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1937 – Lima, pp. 88 y ss.).

⁸⁷ Anota también Basadre que “Marca, palabra aymara, que existe también en zonas netamente quechuas y que, para sorpresa de los profanos, existe con significado análogo en alemán, quiere indicar la zona que es asiento de una comunidad, y también la suma total de los habitantes de la región (Etimológicamente significa reservar, abrazar, región valedor, la aldea, entendidos como lugar determinado reservado para sí, donde se acoge o defiende). Agrega que la “marca” quedó dividida, más o menos, en la siguiente forma:

- a) Tierras de cultivo inmediato (llactapacha o tierras del pueblo, en quechua) a cuyo lado fueron erigidas las casas dispensas o la aldea (llacta); los adoratorios y el cementerio (...).
- b) Tierras de pastos donde vivía el ganado y que, seguramente, al principio no fueron repartidas. Esta división debió ser hecha una vez domesticado el ganado o fusionados el pastoreo y la agricultura
- c) Tierras de barbecho (marcapacha o tierras de la marca) (Idem, pp. 92 y 93).

El Ayllu primitivo fue esencialmente agrario, donde todos tenían la obligación de trabajar la tierra y el derecho de percibir los frutos del trabajo en común, en igualdad de condiciones. Los ayllus fueron el centro gravitacional de la vida social, tanto en la época preincaica, como durante el imperio incaico. En un primer momento estuvieron al mando de un jefe, el Sinchi, y después por un Curaca designado por el Inca, consolidando así éste su dominio y su señorío sobre éstas agrupaciones que pasaron a formar parte de lo que fue el gran Tahuantinsuyo.

Durante el incario la distribución del suelo se hizo de la siguiente manera:

- a) Las tierras del inca, utilizadas para beneficio personal del Inca y la nobleza, además de servir para casos de emergencia o escases, conservando los productos en depósitos o almacenes.
- b) Las tierras del sol, dedicados al sostenimiento de la casta sacerdotal; y
- c) Las tierras del pueblo, divididas en lotes y entregados en usufructo a las familias (ayllus) para que las trabajen. Cada año se efectuaba el reparto de las tierras⁸⁸.

Si durante la etapa de los clanes no hubo posesión ni propiedad sobre la tierra, se puede decir que durante el imperio incaico, si bien hubo posesión, no hubo propiedad, en el sentido romanista del concepto; en todo caso, la posesión equivalía a la propiedad. Cuando los españoles llegaron al Perú, se apoderaron de esos

⁸⁸ SCHEREIBER PEZET, Max Arias. “Exegésis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo III. Derechos Reales. Normas Legales – Edición actualizada, 2006, p. 28.

territorios; que en los primeros momentos de la conquista quedaron en la condición de “*res nullius*”, después pasaron al dominio de la corona gracias a los repartimientos y la encomienda⁸⁹.

Los conquistadores acumularon grandes extensiones de tierras. En la colonia coexistieron dos formas antagónicas de conducción de la tierra, la de los ayllus y la de los conquistadores; la primera de indiscutible impronta socialista o colectivista y la segunda de carácter privado, con ribetes de feudalismo y de esclavitud. Este sistema de reparto cruel e infame de la tierra acrecentó la desigualdad social y la marginación de la raza indígena.

Durante el virreinato, la adquisición de las tierras se hacía por medio de las composiciones con su majestad el Rey de España, quien para estos menesteres era representado por el virrey, nombrándose jueces visitadores encargados de hacer el reconocimiento de la propiedad, de fijar la linderación, escuchando a las partes, antes de dar posesión y señalar el entero que los componentes debían pagar a las cajas reales y expedir el correspondiente título de propiedad⁹⁰.

El presbítero Miguel Justino, transcribe como ilustración La Real Cédula del 30 de octubre de 1692, que se encuentra transcrita en los títulos de Chantaco,

⁸⁹ “Creadas como derivación de las capitulaciones, al igual que los repartimientos, las encomiendas de indios, ya para realizar servicios personales, ya para pagar tributos, sancionados por las leyes de Burgos en 1512, fueron la recompensa de la corona española a los conquistadores y/o sus descendientes por los esfuerzos desplegados para dominar reinos indígenas” (CASTRO ARENAS, Mario “Las leyes nuevas y la rebelión de Gonzalo Pizarro”, en *Jurídica*, suplemento legal del diario El Peruano, N° 357, p.6).

⁹⁰ Véase. RAMIREZ, Miguel Justino. Huancabamba, su Historia, su Geografía, su Folklore, Lima Perú, 1966. Un ejemplar de esta interesante monografía, se encuentra en la biblioteca de la Municipalidad Provincial de Huancabamba.

Chite y Pucutuay, en copia del año 1719, en la que se ordenaba cobrar el entero que se estuviese debiendo a las cajas reales de compras hechas en villas, lugares, dehesas, bosques, plantíos, alcabalas, asientos o cualesquiera cosa enajenada de la corona española⁹¹.

Esta real cédula fue expedida, considerando que en las provincias del Perú y Nueva España “había muchos poseedores de tierras que pertenecen al Real Patrimonio sin ningún título ni justas causas por donde les pertenezca y que algunos que lo tienen en excedido, y agregándose introduciéndose en otros que no les están concedidos por sus títulos contraviniendo a lo dispuesto por diferentes Cédulas y Leyes comprendidas en el libro cuarto, titulado doce de la nueva recopilación de las Indias”.

En este histórico documento, también se les da facultad a los Virreyes, Presidentes y Gobernadores de dichas Provincias “para que los admitan a moderada composición a los poseedores de las tierras usurpadas sin justo título y que todas las que estuvieron por componer se vendan y rematen en el mejor postor”⁹².

No sabemos con certeza si las tierras de las comunidades campesinas antiguas que aún existen en el territorio nacional, son las mismas que originariamente fueron poseídas por los ayllus hasta la época de la colonia; o si esas tierras comunales también fueron objeto de composición. Lo que si conozco es que las tierras que hoy poseen comunidades campesinas de la

⁹¹ Idem, p. 58

⁹² Idem, pp 58-59.

costa norte, como la Santo Domingo de Olmos, la San Martín de Sechura, la San Juan de Catacaos, la San Francisco de Paita y la San Lucas de Colán, fueron adquiridas por compra global efectuada al Real Tesoro Español. Así consta de la certificación notarial obtenida del notario público Bonilla en 1974, que a su vez transcribe una certificación del año 1847 realizada en Piura. Esta versión ha sido comparada con otras versiones y resultan coincidentes, dada su gran importancia histórica, transcribimos *in extenso* a continuación estos documentos:

*Juzgado de Primera Instancia de la Provincia litoral de Piura, Mayo de mil ochocientos cuarentisiete.- Al Ilustrísimo señor Obispo de la diócesis de Trujillo.- Ilustrísimo señor.- Manuel Paredes, Escribano de Estado, del Juzgado de Primera Instancia de la Provincia Litoral de Piura, Certifico.- Que en fojas seis útiles remito a usted su Ilustrísima, copia certificada de los títulos presentados por los Indios José Prado Vilchez y don Benito Quiroga de Sechura, que en **los juicios que contra don Manuel Gregorio León hacendado de Huapalas**, y otros hacendados tiene interpuesto por real Juzgado de Piura por límites, conforme la confusión de una palabra que dice hacia el mar o sea hasta el Mar. Para que en revisión se forme Vuestra Ilustrísima cabal concepto.-*

Siendo a la letra los títulos del tenor siguiente:

***“Blasco Nuñez Vela, Virrey del Perú, ...** enviado en nombre de la real Corona a Gobernar el opulento Imperio de los Incas del Perú, poniendo en conocimiento de naturales y colonos treinta y nueve ordenanzas que con el nombre de nuevas leyes regirán en cosas de Indios.-*

PRIMERA RESOLUCION

*Estando en vigencia la reforma hacen fe y mensura mil ciento ochenta y cuatro recibos firmados del Ex - Gobernador A. Vaca de Castro, fecha desde el diez de Enero de mil quinientos treinta y nueve, hasta el treinta de Diciembre de mil quinientos treintaitres, próximo pasado, **expedido a favor de las Comunidades** que representan los personeros Francisco Achutiga, Lucas Cutivalú, Narciso Capellán y Domingo Copiz, **Caciques de los pueblos, Colán, Catacaos, Sechura y Santo Domingo**, recibos de las Comunidades de Indios, con los que entre otros depósitos acreditan tener pagados al real tesoro VEINTE MIL PESOS (S/. 20,000.00), precio de todo el sobrante de la extensión de tierras que posean desde las riveras del mar de Paita hasta los primeros Olmos del lado Este; conforme por encomiendas y tributos personal acreditan llevar pagando TRESCIENTOS MIL PESOS (S/. 300,000.00), incluyendo los quintos, mandas, siendo correspondientes a los cultivos de sus tierras.-*

SEGUNDO.- *Atendiendo la solicitud que en común presentan los Indios firmemente apoyada, fundada en las ordenanzas dictadas de su Majestad desde los años mil quinientos veintitrés y mil quinientos veintinueve que confirmó la reforma; los expresados Indios están amparados... .-*

*Vistos; tales fundamentos.- Haciendo estricta justicia, **ordeno y mando** a los Concejos Corregidores Audiencias y Oidores, **amparar libremente a los Indios de hecho dejando en conjunto a los pueblos y moradores en propiedad, y en posesión de todo el sobrante de tierras que poseen.**- Colindantes, por el primero.-*

*Primer Extremo Este, el punto de partida se tomará de la **hacienda Sasape**, rumbo al Nor Este, línea de*

Tongorrape.- Segundo. Hacia el **Portachuelo.-** Tercero;- Punto de partida línea hacia el Puquio hasta el **Artezón.-** Cuarto.- Línea hacia **Ñaupe**, rumbo al Norte.- Quinto.- Punto de Partida Línea rumbo al Oeste, tomando el **camino de los Incas** se llega a el **Morante** hasta **“La Para”.-**

Sexto.- Punto de partida de la Para hacia el **Tacalá** y el **Tajamar, Coscomba** de los indios Catacaos.- Siguiendo línea recta por el **Capado, Congoña**, hacia **Amotape**, Hacía las barrancas del **Pariñas hasta el mar en el Lechugal.-**

Cambiará el último rumbo del lado Oeste, sobre las playas del mar hacia el Sur; a el Cerro de Yacila hasta la **Punta de Aguja** - De esta parte por las mismas playas del mar con línea al Sur Este, hasta **frente de la Isla Baja**, se tomará por el punto divisorio marcando el cabo verde.-

Las tierras de Sechura del lado Oeste, y las de **Santo Domingo** del lado Este, línea recta hasta **Sasape**, limítrofe las propiedades en los Olmos, quedan demarcando así todas las haciendas o trozos situados que se hallan en los extremos Este y Norte poseídos por los mestizos.-

Respaldados los indios con las franquicias de las ordenanzas y leyes, quedan **amparados de hecho y de derecho en la propiedad y en la posesión de sus tierras** amparados con las mismas franquicias, los mestizos o colonos que con libertad progresan en minas y haciendas dadas en repartimiento.- Trascríbase para los casíques; copias de la presente demanda y de sus providencias, que sin tregua por pregones en sus jurisdicciones tramitarán en el conocimiento de los indios el título de dominio de sus tierras, libertad personal y suspensión de tributo, en nombre de su Majestad.- Dado

en San Miguel de Piura... A nueve de mayo de mil quinientos cuarenticuatro.-

Firmado; **Blasco Nuñez de Vela.- Virrey del Perú.-** Fray Juan Solano.- Obispo del Cuzco.- Lison de Tejada.- Doctor juiisconsulto.- Alvarez Cueto.- Abogado.- Diego Cepeda.- Licenciado.- Agustín Sarate.- Contador General del Perú.----

SEGUNDA RESOLUCION

El Inquisidor, don Pedro de la Gasca, Presidente de Audiencias de los Reyes, facultado por su Majestad.- El Emperador Carlos V para perdonar delitos con daño de terceros aún los de la Lesa Majestad, dar encomiendas, cuanto creyera necesario para el restablecimiento legal y conciliación del orden en el Perú.-

*A los caciques, encomenderos y corregidores del Norte, hace saber.- Que haciendo justicia de los reclamaciones traídas en una solicitud, por **don Cristóbal Pablo Inca**, en nombre de los casiques y demás Indios naturales y demás, como tienen pagado al real tesorero el precio de tierras tributo, mitas y quintos personales.....*

*En atención a los dictaminado por el **ex- Virrey don Blasco Nuñez Vela**, en audiencia del nueve de mayo de mil quinientos cuarenticuatro, que **les reconoció propiedad** a los indios poseedores de esas tierras; ordeno y mando que se inserte el contenido de esa solicitud con la providencia al título provisional que se expedirá al encomendado recurrente con la del tenor siguiente.-*

*Señor Presidente de audiencias de los reyes Don Cristóbal Pablo Inca, invocando a su Magestad, El Emperador Carlos V. **en nombre de los Indios de Sechura y Santo Domingo**, residentes en el Norte: a Vuesa Merced pido.- Que, siendo estos naturales en la margen occidental de la costa, dueños de las tierras citas*

en los lugares llamados **Llurrú, Ficuar, San Cristóbal, Cascajal, Filoque hasta el Portachuelo**, incluyéndose también, el lado Norte, y Sur; muchos sitios intermedios que forman la extensión de esas tierras, conforme son dueños de las aguas derivadas que producen los manantiales llamados; el **Puquio el rio Ynsculás y Filoque**. Que irrigan la campiña de los citados adyacentes, habiendo estos indios adquirido **la propiedad y posesión por compras hechas** su proporciones y en varias fechas a su Majestad entregando el dinero a los encomenderos y a los corregidores, sumas que montan a veinte mil pesos, precio de venta de esas tierras y más trescientos mil pesos, precio de **venta de esas tierras** y más trescientos mil pesos ensayados, pagados como mitayos y tributarios de su Majestad.

Piden los indios naturales de Santo Domingo que Vuestra Majestad les ampare mandando otorgarles un título de propiedad de las tierras y sitios indicados con sus manantiales y aguas que las riegan mandando también insertar copia del título que en mancomún les fue expedido el nueve de Mayo de mil quinientos cuarenticuatro, por el de igual clase dignidad y rango inquisitor don **Blasco Nuñez Vela**.- A Vuestra Majestad, pido dictar providencia por su Majestad.- Cuzco, once de Marzo de mil quinientos cincuenta.-Firmado.- **Don Cristóbal Pablo Inca**.-

Providencia.- Habiendo en el Perú, desaparecido para los indios, el humilde dicho de ser esclavos, expídaseles a los naturales de Sechura y Santo Domingo por el Escribano Avendaño, copia de la presente solicitud, con su providencia insertando la anterior dictaminada del Ex-Virrey don Blasco Nuñez Vela, expedida en San Miguel de Piura, el nueve de Mayo de mil quinientos cuarenticuatro, fundamento que se reproduce

respetándosele en sus mismos términos; y fuerza, la propiedad perpetua de Indios; y las demás posesiones demarcadas.- Prohibiéndoseles a los mulatos, a los negros y a los mestizos no innovar habitaciones de indios.- **Expídasele títulos provisionales** dándoles al recurrente; y remítase el original a su **Majestad** para su ratificación, firma y sello.- Dado , en la sala de audiencias a veinte y nueve de Abril de mil quinientos cincuenta.- Firmado.- Don Pedro de la Gasca.- Inquisitor y Presidente de Audiencias Alonso de Alvaro.- Mariscal.- Pascual de Andagollo.-Oidor.- Iñigo de Cianquias.- Oidor.- Fdo. de Avendaño Escribano de la audiencia real.-----

TERCERA RESOLUCION CONFIRMATORIA

Don Francisco de Toledo V. Virrey del Perú, facultado a organizar el Virreynato, a los moradores de los pueblos del Norte; hace saber; -

En resolución de las solicitudes pendientes, presentadas por los Indios de esos Pueblos la audiencia de hoy a resuelto dejarlos establecido, **reconociéndoles su autonomía absoluta con el nombre propio San Lucas de Colán, San Francisco de Paíta, San Juan de Catacaos, San Martín de Sechura y Santo Domingo de Olmos.** Conforme esta audiencia Inquisitorial, ha dictaminado y resuelto las providencias correspondiente; y cumplir con todas las obligaciones que me ha confiado su Majestad Felipe II.- Vistos con los traídos de conformidad a lo dictaminado.-

Primero.- en una solicitud los **Indios Casiques de Colan, Paíta, Catacaos, Sechura y Santo Domingo de Olmos** en nombre de las Comunidades se presentaron el nueve de mayo de mil quinientos cuarenticuatro al Ex Virrey.- Don Blasco Nuñez Vela, solicitando que se les ampare en propiedad y posesión de sus tierras, que conjuntamente

desde antes han poseído y con posterioridad, las han comprado pagando el precio en dinero, encomiendas y tributos acreditando esos pagos y propiedad adquirida con mil ciento ochenticuatro recibos expedidos por el Ex Gobernador A. Vaca de Castro.-

Segundo.- *La audiencia del nueve de Mayo de mil quinientos cuarenticuatro; hizo mérito que estos Indios tenían pagados trecientos veinte mil pesos, por lo que se les reconoció propiedad perpetua.-*

Tercero.- *Posteriormente los indios de Santo Domingo solicitaron al Ex Gobernador don Pedro de la Gasca, título de una parte de esas tierras, fundándose que seguían pagando tributos ascendentes a dos mil pesos, lo que está acreditado con dos recibos por El Encomendero del lugar de Santo Domingo de Olmos, tributos correspondientes a los poseedores de las **tierras de Llura, Ficuar, San Cristóbal, Cascajal, Sincape hasta el cerro Artezón**; incluyendo los manantiales **el Puquio, Filoque y el rio de Inculas**, con más los sitios centrales del área de esa sección.-*

Cuarto.- *Habiendo el suscrito practicado visita general desde Tumbes, Paita hasta Lima, personalmente me he informado de la necesidad de los indios con sus pueblos y de la hiperbólica omisión de sus autoridades fundadamente en cinco años hasta mil quinientos setentisiete, he observado los vejámenes y humillación de esos oprimidos, he constatado la antigüedad de los cultivadores indios en el sobrante de tierras en el norte. Este y Sur, y demás dependencias del Virreynato del Perú que mantienen la antigüedad, propiedad y posesión de sus mayores.-*

Quinto.- *Fundados en los Estatutos la prescripción de las leyes de las Repúblicas, han de ser en beneficio del común y no en provecho de los poderosos para el engrandecimiento de la justicia y paz del Estado,*

conforme la seguridad particular, se afianza atendiendo al bien común.-

Sexto.- Precautelando la propiedad de los indios del Virreynato del Perú, ordeno y mando a los casiques. Encomenderos y Corregidores hagan a los indios pronta justicia y antes de acceder a ninguna solicitud de terrenos se oiga primeramente a los Indios para no perjudicarlos; **así las comunidades podrán gozar, conservar la posesión y propiedad perpetua de esas tierras,** pudiendo denunciar las usurpaciones que se les hicieran, restituyéndoles la cosa arrebatada.-

Por tales fundamentos.-

Ampáreseles en posesión y propiedad a los **Indios de Santo Domingo de Olmos**, en la Primera I; Sección de tierras con sus manantiales aguas y ríos demarcando con los límites al Este, del **cerro Artezón** con rumbo al Sur, marcará el **Portachuelo** de donde se tomará línea **hacia Sasape o hacia el Mar.-** Del primero cerro Artezón con rumbo al Nor Oeste línea al **cerro de Ñaupe**, siguiendo línea recta por el **camino de los Incas**; pasando el Morante hasta la Para.- Cambiando rumbo al Sur, queda determinada esta primera sección de tierras que con punto a tiro de Arcabuzo llegarán al **Llurú**, hacia **La Punta de Aguja o hacia el Mar.-** Respetándose las haciendas o posesiones dadas a repartimientos para colonos y pueblos de Indios.-

En la II segunda Sección de tierras; de **la Para** línea con rumbo al Oeste, guía al mismo **camino de los Incas** hacia el **Tacalá** o el **Tajamar** sitios **Coscomba**, el **Capado**, **Congorá** hasta el **Lláuro**; termina II Segunda sección de tierras, varia el rumbo al Sur; Punto a tiro de Arcabuzo hasta el **cerro Tunal**. Mediando el Tunal hacia el Este, con línea recta se llegará a los sitios **El Tablazo de Chocholla**, **Carrizal**, **El Colorado**, **Loma Blanca**, hasta **“La Para”**. Con los demás sitios centrales se les

ampara en posesión y en propiedad a **los Indios de San Juan de Catacaos**; respetándose la posesión de haciendas dadas en repartimiento.-

Tercera III sección de tierras. Del **Llauro**, con línea hacia el Noroeste, guiará el rumbo hacia **El Arenal** y **Cerro de Santa Lucía**, las barrancas del **Pariña**, hasta el sitio **Las Garzas**; de este punto al, se cambiará rumbo al Sur; por las **playas del mar** se llegará a San Lucas de Colán, y el puerto de Paita hoy San Francisco, **por las mismas riberas del mar**, se llegará **Llacila** y **el Pozo Real**. De donde cambiará el rumbo al Este, hasta el Tunal. Ampáraseles en posesión y propiedad a **los Indios de San Lucas de Colán y San Francisco de Paita**. Los que respetan la propiedad convecinos.-

En la cuarta, IV Sección de tierras.- Del **Pozo Real**, con dirección línea del lado Occidente las riberas del mar limítrofe **La Punta Aguja** hasta las **dos mujeres**; del lado Sur, en Paralelo, la Isla Baja, con punto a tiro de Arcabus, al **Cabo Verde**, línea recta a **Llurú** pasando hasta **La Para**.- De donde mediará, "retrocediendo con rumbo al Oeste" marcando los mismos sitios que indica la Segunda de tierras, por la **Loma Blanca**, **El Colorado**, **El citado Carrizal**, **El Tablazo de Chocholla**, **El Cerro Tunal**, hasta el **Pozo Real** - Amparase en posesión y en propiedad a **los indios de San Martín, de Sechura**, que con todos los sitios centrales desde las playas del mar; marcado el rumbo hacia el "Este, se llegará a **El Vichayal** "El Salvador", **La Yerba Blanca**" sus Salinas de Huaquilla. "Chucol El Alto de Chepe hasta las "Pampas de Llurú" - Chiquito, quienes respetarán la propiedad de los demás pueblos convecinos.-

No debiendo existir confusión de límites, de común acuerdo los casiques con sus comunidades de Indios, se les concede facultades, los que fijarán linderos parando una cruz en el Portachuelo otra cruz en el Cerro Artezón,

pues los brazos de éstas cruces patentizarán claramente las líneas de los extremos Estelas de los extremos Norte, y Sur hasta Sasape; otra cruz fijarán en el sitio La Para, con un hito, sobre una base de cal y ladrillo. Sirviendo de base a las demarcaciones de las tres propiedades de los pueblos de "Santo Domingo" de Olmos", "San Juan de Catacaos" y "San Martín de Sechura" y a la propiedad del lado Norte.-

*Conforme en el centro de toda propiedad fijarán tres cruces para acreditar las líneas rectas y divisorias. Parando también una última cruz en El Cabo Verde" y un hito en las cúspide de éste lomo de arena muerto.- Así se reconocerán en todo el perímetro del terreno; la extensión, mediación del área y sitios que se les nombrarán, correspondientes a las cuatro cesiones de tierras sobrantes dejadas a los Indios y que hoy se les divide a los moradores **propietarios imperecederos de los pueblos mencionados: de San Lucas de Colán, San Francisco de Paíta, San Juan de Catacaos; San Martín de Sechura y Santo Domingo de Olmos.-***

*... Así ordeno y mando administrando justicia en nombre de Su Majestad Don Felipe II y del Virreynato en audiencia inquisitorial de la mañana. **En Lima a trece de Abril de mil quinientos setentiocho.-***

*Firmado.- **Don Francisco de Toledo.** Virrey del Perú.- **Alfonso Toribio de Mogrovejo.**-Arzobispo de Quito.- Il en Lima, facultado por el Sumo Pontífice - Fray F. Andegardo.- Licenciado Fray Francisco Acosta, Justicia mayor.- Fray Melchor Matienzo. Oidor de la real audiencia.-----*

*-----
Es fiel copia de los originales a que me remito.- En caso necesario y a petición de parte interesada expido a usted Su Ilustrisima, las presentes copias en seis fojas útiles expedidas en Piura, Mayo veintisiete de mil ochocientos*

cuarentisiete - Por ante mí; Manuel Paredes; Escribano de Estado.-----

Es copia exacta y fiel de su original, según confrontación que he practicado conforme a ley, y a petición del señor Florentino Odar, expido la presente copia certificada, en la ciudad de Chiclayo, a los diecisiete de Junio de uní novecientos cuarentiocho.- P.I. Bonilla S. Notario.- Un sello.-----

Entre líneas: - presentada.- sitios.- Vale-

Es copia exacta y fiel de su original, según confrontación que he practicado conforme a ley y a petición de parte interesada expido la presente copia certificada en Chiclayo, a dieciocho de Febrero de mil novecientos setenticuatro.-----

SELLO Y FIRMA

ESCRIBANO PEDRO I. BONILLA S. 18/2/1974.

Tierras originarias son entonces, aquellas que la comunidad ha venido poseyendo hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 24657⁹³ y continúan en poder de estas organizaciones, independientemente de la forma en que esas tierras hayan sido adquiridas, tanto durante la colonia como durante la República, incluyendo dentro de ellas a las eriazas; y que lógicamente figuran en sus títulos de propiedad, en caso cuenten con esos documentos, al haber sido amparado su territorio, ya sea por las autoridades del virreinato, o posteriormente por el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro

⁹³ La Ley N° 24657, sobre deslinde y titulación del territorio de las comunidades campesinas, fue publicada en el diario oficial El Peruano el 14 de abril de 1987.

Rural (PETT), o por la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI); en este último caso, luego de haber seguido el procedimiento de deslinde y titulación, al que ya nos hemos referido anteriormente.

3.5.5.2. Tierras adquiridas de reforma agraria.

En principio, la Constitución Política de 1933, estableció en el artículo 211º que “El Estado procurará de preferencia dotar de tierras a las comunidades de indígenas que no tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, y podrá expropiar, con tal propósito, tierras de propiedad particular, previa indemnización”. Sin embargo, hasta donde conocemos, esta disposición nunca se llegó a aplicar durante el tiempo que rigió la Carta del 33.

El Texto Único Concordado del Decreto Ley N° 17716, Ley de Reforma Agraria, dispuso que las adjudicaciones de tierras podrían ser hechas únicamente a Cooperativas, Comunidades Campesinas, Sociedades Agrícolas de Interés Social y personas naturales previamente calificadas, unas y otras por la Dirección de Reforma Agraria y Asentamiento Rural (art. 77º).

Las personas jurídicas como las sociedades anónimas, estaban impedidas por la legislación de reforma agraria de ser propietarias de tierras rústicas; en cambio ocupaban un lugar preferente para convertirse en beneficiarias de la reforma a través de la adjudicación de tierras las comunidades⁹⁴. Empero, no contamos con

⁹⁴ Informativo legal agrario N° 12, cit. p.13

estadísticas que demuestren el número de comunidades campesinas que resultaron favorecidas bajo esta modalidad, aunque existen algunas fuentes que indican que fueron 508, 855 hectáreas adjudicadas⁹⁵.

3.5.5.3. Tierras eriazas de comunidades campesinas.

El artículo 2º de la Ley N° 24657, incluye dentro de las tierras originarias de las comunidades campesinas a las eriazas⁹⁶. De esta manera se busca evitar confusiones y proteger la integridad del territorio comunal. Decimos esto, porque desde la segunda mitad del siglo pasado, en la legislación nacional, se ha institucionalizado el criterio que invariablemente considera que las tierras eriazas pertenecen al dominio eminente del Estado⁹⁷. Así, por ejemplo, la Ley N° 11061 del 8 de agosto de 1949 dispuso que el Estado entraba en posesión de todas las tierras eriazas del territorio de la República en las que no se hubiese ejercido acto posesorio, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil, excepto las tierras de las comunidades indígenas.

La Ley N° 14197 del 5 de setiembre de 1962, dispuso “Son de propiedad del Estado todos los terrenos eriazos del territorio nacional cualquiera fuese el título anterior de adquisición, a excepción de los terrenos de las comunidades indígenas”. El Decreto Ley N° 17716, Ley de Reforma Agraria, estableció que todos los terrenos eriazos pasaban a ser de dominio del Estado.

⁹⁵ Informativo legal agrario, N° 11, cit. p. 12.

⁹⁶ Según la definición que señala el artículo 7º del Decreto Supremo N° 011-97-AG, Reglamento de la Ley N° 26505 “Son tierras eriazas con aptitud agropecuaria las no explotadas por falta o exceso de agua”. Igual definición contiene el artículo 2º, inciso j) del Decreto Supremo N° 020-2008-AG, reglamento del Decreto Legislativo N° 994 que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola.

⁹⁷ PANIAGUA JARA, Valentín. “Propiedad estatal sobre tierras eriazas”, artículo publicado en el diario El Peruano el 26.6.2003.p.18.

La Ley N° 19955 del 21 de marzo de 1973, declaró que revertirán al dominio del Estado las tierras eriazas entregadas para habilitaciones urbanas, de conformidad con la Ley N° 18460 (del 4 de noviembre de 19601), que otorgaba al Estado la facultad de adjudicar terrenos eriazos para construir viviendas.

El Decreto Legislativo N° 653, Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Agrario, determina que la propiedad de las tierras eriazas, sin excepción, corresponde al Estado. Declara de necesidad nacional y utilidad pública la promoción de inversión privada en dichas áreas, dispone asimismo, que el derecho de propiedad que se reclame sobre ellas en caso de decisión jurisdiccional favorable al propietario se resuelve mediante el pago de la indemnización que se establezca en el respectivo procedimiento de expropiación (art. 23°).

El Decreto Supremo N° 011-97-AG, Reglamento de la Ley N° 26505, sobre inversión privada en el desarrollo de actividades económicas en tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, dispuso que “las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquellas sobre las que exista título de propiedad privada o comunal (art. 9°). Esta disposición infra legal dejó desprotegidas y a merced del Estado a las comunidades campesinas y comunidades nativas, que al momento de expedición de

esa norma no contaban con título de propiedad de sus tierras⁹⁸.

Como veremos más adelante, una de las comunidades campesinas más afectadas con sus tierras eriazas en virtud de esta legislación, fue la Santo Domingo de Olmos, que en su momento se vio en la imposibilidad jurídica de formular oposición a la inscripción de las tierras en el registro público a favor del Proyecto Especial de Irrigación de Olmos, por no contar con títulos de propiedad inscritos que amparen su derecho.

El Decreto Legislativo N° 994, publicado el 13 de marzo del 2008⁹⁹, prescribía: “3.1, son tierras eriazas con aptitud agrícola, las no explotadas por falta o exceso de agua”. “3.2. para los fines de esta norma, las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquellas sobre las que exista título de propiedad privada o comunal inscrito en los Registros Públicos (...). Con ello, indudablemente, si una comunidad campesina o nativa no tenía títulos de propiedad inscritos, podían ser privadas de sus tierras eriazas por el Estado, sin ninguna compensación a cambio. Posteriormente, la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1064, publicado el 28 de junio del 2008, modificó el artículo 3.2 del Decreto Legislativo N° 994, quedando redactado de la siguiente manera:

⁹⁸ Este Decreto Supremo, como ya lo hemos expuesto supra, contraviene la jurisprudencia internacional vinculante que considera que en el caso de las comunidades indígenas, la posesión tradicional es equivalente al título de pleno dominio otorgado por el Estado.

⁹⁹ Véase. “Decretos Legislativos”. Presentación y guía por Alan García, Edición oficial, 2008, pp 156 y ss.

“3.2. Para los fines de esta norma, las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquellas sobre las que exista título de propiedad privada o comunal”. Finalmente, esta disposición fue derogada por el artículo 1º de la Ley N° 29382, publicada el 19 de junio del 2009¹⁰⁰.

El Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo N° 994, mediante el cual se promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola, concluyó que el actual artículo 3º del indicado Decreto Legislativo *“no contiene, directa ni indirectamente, una regulación que afecte la propiedad comunal de los pueblos indígenas. En este sentido, llama la atención que si bien el artículo 3.3 (...) establece que “no se consideran tierras eriazas con aptitud agrícola”, y allí no se hace alusión directa a las tierras de las comunidades campesinas y nativas, sin embargo, en opinión del Tribunal esta omisión es sólo aparente, pues considera han de determinarse necesariamente a partir del artículo 2º del mismo Decreto Legislativo N° 994, que prescribe: “La presente norma regula el régimen especial para promover la inversión privada en proyectos de Irrigación de tierras eriazas con aptitud agrícola de propiedad del Estado (subrayado agregado)”*¹⁰¹.

¹⁰⁰ El Decreto Supremo N° 020-2008-AG, publicado el 26.5.2008, Reglamento del Decreto Legislativo N° 994, en su Primera Disposición Complementaria, precisa que “El Estado respeta la propiedad comunal: No se considera tierras eriazas con aptitud agrícola a los efectos de lo previsto en el presente reglamento, las tierras de propiedad de comunidades campesinas o nativas, las que se rigen por su propia legislación”.

¹⁰¹ STC. Exp. N° 00024-2009-PI/TC-LIMA.

El Decreto Legislativo N° 1064, durante el tiempo que permaneció vigente, también desconoció la propiedad que tienen las comunidades campesinas sobre las tierras eriazas que forman parte de sus territorios ancestrales, al considerarlas como de propiedad del Estado. Así, este decreto modificaba el artículo 2º de la Ley N° 24657, norma que reconoció que las tierras originarias de la comunidad comprenden a las tierras eriazas.

Con ello se legitimaba una vez más el despojo y la mutilación del territorio de las comunidades en beneficio del Estado. La vigencia de este Decreto Legislativo que aprueba el Régimen Jurídico para el Aprovechamiento de las Tierras de Uso Agrario, fue dejada en suspenso por la Ley N° 29376, publicada el 11.6.2009. Esto se produjo debido al persistente reclamo de las comunidades nativas.

3.5.6. El caso de la Comunidad Santo Domingo de Olmos.

La etapa de formación histórica de la Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos, se remonta a la época de los antiguos cacicazgos que se asentaron en la costa norte del Perú y que sobrevivieron a los tiempos de la colonia. El derecho que tienen los comuneros de Olmos sobre sus tierras, se basa en tres resoluciones virreinales, a las que ya nos hemos referido anteriormente. La primera de estos documentos históricos, fue firmada en Piura, el 9 de mayo de 1544, por el primer Virrey del Perú, Blasco Núñez de Vela. La segunda resolución fue expedida en Lima, el 28 de abril de 1550 por Pedro De La Gasca que confirmó la anterior. La tercera resolución que tiene fecha 13 de

abril de 1578, fue suscrita por el Virrey Toledo y por Toribio de Mogrovejo.

Las tierras fueron adquiridas por los lugareños a título oneroso, al haber pagado al Real Tesoro Español, veinte mil pesos y trescientos mil pesos por encomiendas y tributos personales, incluyendo quintas y mandas. El área comprada a las autoridades de la Colonia tiene como linderos generales: Pariñas al norte y Cabo Verde al sur, junto al mar, la Para, Granja Sasape y al norte de Ñaupe.

3.5.6.1. Convenio de beneficios mutuos.

El año 1998, se conformó una Comisión Negociadora de Alto Nivel, integrada por el vice ministro de Infraestructura del Ministerio de la Presidencia (MIPRE), el Jefe del Proyecto Especial de Titulación de Tierras (PETT) y el gerente de estudios de INADE, quienes en representación del Estado, le propusieron a las autoridades de la Comunidad Campesina de Olmos, la celebración de un Convenio de Beneficios Mutuos, con miras a obtener el gobierno la cesión a título gratuito de 48,00 hectáreas de tierras comunales; a cambio de ello, el gobierno peruano se obligaba a otorgar a los comuneros olmanos los siguientes beneficios:

- a) Apoyo en el deslinde y titulación de tierras de propiedad de la comunidad.
- b) Construcción de infraestructura mayor de riego sin costo para la comunidad, para el riego de aproximadamente 12,000 hectáreas de tierras de propiedad comunal.

- c) Garantizar una tarifa preferencial para el riego con aguas trasvasadas de las 12,000 hectáreas indicadas en el punto anterior.
- d) Construcción de 10 pozos tubulares equipados en las zonas que la comunidad determine y tenga condiciones hidrogeológicas para su explotación.
- e) El cumplimiento de otros beneficios para la comunidad y/o distrito de Olmos a detallarse en la etapa de negociaciones¹⁰².

3.5.6.2. La poligonal de 111,656 hectáreas.

Como el Convenio de Beneficios Mutuos no se llegó a materializar por la negativa de la dirigencia de la Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos, ello motivó que el gobierno de turno presidido por el ingeniero Alberto Fujimori tomara la decisión de inscribir las tierras a favor del Estado en los Registros Públicos, sin pago alguno a la comunidad. Lo curioso de este asunto, es que el área que se inscribió no fueron las 48,000 hectáreas que inicialmente se le solicitó a los dirigentes comunales, sino una poligonal de 111,656 hectáreas, es decir una superficie enorme de tierras. Hasta ahora no existe una explicación oficial al respecto.

Las tierras eriazas de propiedad comunal, fueron inscritas a favor del Proyecto Especial de Irrigación e Hidroenergético Olmos. Esto fue dispuesto por el gobierno mediante Decreto Supremo N° 017-99-AG, publicado en el diario El Peruano el 4 de junio de 1999, fue un acto confiscatorio, porque no se observó el procedimiento de expropiación previsto en el artículo 70°

¹⁰² Fuente Informativa: Folleto elaborado por COPRI – 1999.

de la Constitución. Para cohonestar este legicidio, los representantes de la dictadura fujimorista expidieron la Ley N° 27172, con la que se le da fuerza de ley al cuestionado Decreto Supremo.

Debe quedar claro que, al momento en que se produjo la confiscación de las tierras, la Comunidad Campesina de Olmos, además de las resoluciones virreinales contaba con el plano de conjunto, las actas de colindancia y la memoria descriptiva, los que de conformidad con el artículo 10° de la Ley N° 24657 constituyen títulos definitivos de propiedad de la comunidad sobre su territorio. Si bien es cierto, esos títulos que se encontraban en el expediente de titulación elaborado por el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PETT), todavía no se habían inscrito en el registro predial cuando se produjo la confiscación, eso no desmerecía la propiedad comunal, desde que en nuestro sistema registral, la inscripción no es constitutiva, sino simplemente declarativa de propiedad.

Al inscribir en los registros públicos como tierras eriazas del Estado, las tierras de la Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos, el gobierno de la mafia fujimontesinista, violó los artículos 10°, 11° y 12° del Decreto Supremo N° 011-97-AG, Reglamento de la Ley N° 26505¹⁰³, al no haber efectuado las

¹⁰³ **Artículo 10°.-** Las tierras eriazas con aptitud agropecuaria serán identificadas y delimitadas por el Ministerio de Agricultura, a través del Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA. Los planos correspondientes se elaborarán de acuerdo con la información técnica y legal existente, así como con la que le proporcionen las demás instituciones públicas y privadas, en lo que concierna a sus planes y proyectos, de conformidad con sus respectivas competencias sectoriales, recabándose además la información existente en los Registros Públicos. Los citados planos de tierras eriazas, con indicación del distrito y provincia en que se ubiquen, incluirán la conformación de los centros poblados existentes, los terrenos de propiedad privada o comunal, la indicación de

publicaciones de los planos de las tierras eriazas con aptitud agrícola que iban a inscribirse, en los locales del Ministerio de Agricultura del ámbito regional respectivo, así como mediante avisos publicados por tres días inter diarios en el diario oficial El Peruano y en uno de la localidad, por lo que la comunidad campesina afectada, se vio impedida de formular oposición a la inscripción de las tierras eriazas, privándosele del ejercicio de su legítimo derecho de defensa.

3.5.6.3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre tierras eriazas.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia expedida el 29 de enero del 2003, en el Expediente N° 476-2002-AA/TC, declaró fundada una demanda de amparo interpuesta contra una resolución ministerial que luego de calificar como tierras eriazas, dispuso la inscripción de la primera de dominio a favor del Estado, de tierras de propiedad privada. El Tribunal, en dicha sentencia estableció que para que el Estado pueda privar a alguien de su propiedad (aun así se trate de tierras eriazas),

las reservas con fines de expansión urbana y otras sectoriales vigentes, junto con la delimitación de las tierras susceptibles de uso agrario. Tales planos se harán de conocimiento público en los locales del Ministerio de Agricultura del ámbito regional respectivo así como mediante avisos publicados por tres días inter diarios en el Diario Oficial El Peruano y en uno de la localidad.

Artículo 11°.- Dentro del plazo de quince (15) días hábiles contado a partir de la fecha de la publicación del último aviso a que se refiere el artículo anterior, cualquier persona natural o jurídica que se sienta afectada, podrá formular oposición amparada en pruebas instrumentales ante la respectiva dependencia del Ministerio de Agricultura.

Bajo responsabilidad, las oposiciones se resolverán en un plazo máximo de veinte (20) días. Si fuera favorable al opositor, se separará el área del predio en cuestión por constituir propiedad privada o por haberse constituido derecho preferente con anterioridad a la dación de la Ley o por ser áreas comprendidas en el artículo 8° de este Reglamento, excluyéndose del proceso de subasta.

La Resolución que desestime la oposición es apelable y será absuelta por el Ministerio de Agricultura, dentro del plazo de quince (15) días hábiles de recibido el expediente. Con la absolución del grado, queda agotada la vía administrativa.

Artículo 12°.- Agotada la vía administrativa, o de haberse producido oposición, el respectivo órgano desconcentrado del Ministerio de Agricultura, gestionará ante los Registros Públicos o el Registro Predial, según corresponda, la Inscripción del predio en el dominio del Estado para los efectos de iniciarse el procedimiento de su venta en subasta pública, reservando la inscripción de aquellas tierras eriazas cuya identificación sea objeto de impugnación judicial.

Los planos definitivos de tierras eriazas se aprueban mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Agricultura y entregados a la COPRI para su difusión en el Proceso de Venta o concesión de dichas tierras.

resulta de ineludible cumplimiento el precepto constitucional que garantiza el respeto de la propiedad: 1) La declaración legal de necesidad pública; y 2) El pago de la indemnización justipreciada que deberá establecerse en el proceso judicial de expropiación que al efecto el Estado está obligado a tramitar¹⁰⁴.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, declaró fundada la demanda interpuesta por los comuneros de San Pedro de Lloc, contra el Instituto Nacional de Desarrollo (INADE) y el Proyecto Especial Jequetepeque – Zaña que declararon eriazas más de 53 mil hectáreas de tierras de esa comunidad, para venderlas a empresas privadas. Las autoridades del gobierno procedieron a realizar la venta sin revisar los planos catastrales, amparados en el Decreto Supremo N° 556 que autorizó a INADE a inscribir las tierras eriazas aledañas a los proyectos especiales de irrigación. El mencionado decreto fue expedido en 1990, durante el primer gobierno de Alan García¹⁰⁵.

En la sentencia recaída en el Expediente N° 03569-2010-PA/TC-Lima-Agrícola Cerro Prieto SAC, el Tribunal Constitucional, precisa. *“...que la tutela que la jurisprudencia de este tribunal ha brindado al derecho a la propiedad privada vulnerado por un acto de confiscación, es que la propiedad confiscada por el Estado sea restituida al propietario que se le confiscó su bien; sin embargo esta solución no puede ser utilizada*

¹⁰⁴ Este mismo criterio lo ha reproducido el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes 2397-2003-AA/TC; 7130-2003-AA/TC; 05614-200-PA/TC; 03258-2010-PA/TC; 02330-2011-PA/TC, etc.

¹⁰⁵ <http://www.diariolaprimera-peru.com/online/noticia.php?Dnoticia=68267,16.08.2010>.

en todos los casos de confiscación; pues existen supuestos en los cuales el Estado ya no es propietario porque transfirió a título oneroso la propiedad confiscada a un tercero que la adquirió de buena fe.

Basándose en lo expresado supra, este Tribunal considera que cuando la propiedad privada es confiscada deben existir dos soluciones de tutela que son las siguientes:

- a. Si el acto de confiscación del derecho a la propiedad privada tiene su origen en una norma con rango de ley, la sentencia estimativa, además de disponer la inaplicación de la norma autoaplicativa al caso concreto, debe ordenar la nulidad de cualquier inscripción registral a favor del Estado y que se restituya la propiedad a la persona que se le confiscó; siempre y cuando el bien inmueble confiscado siga siendo propiedad del Estado.*
- b. Si la propiedad confiscada por una norma con rango de ley, ha sido transferida por el Estado a un tercero de buena fe y a título oneroso, la sentencia estimativa le ordenará al Estado inicie el procedimiento de expropiación para que le abone al propietario que sufrió la confiscación una indemnización justipreciada por la propiedad confiscada, pues ordenar la restitución de la propiedad conllevaría que se le prive al tercero de buena fe y a título oneroso su derecho legítimo al uso y goce de la propiedad privada, lo cual afectaría también el principio de seguridad jurídica”¹⁰⁶.*

¹⁰⁶ GONZÁLES BARRÓN, Günther, se muestra disconforme con la solución adoptada por el Colegiado Constitucional en este caso, pues considera que “el criterio del Tribunal es simplemente absurdo. No es posible decir que la propiedad está garantizada por la Constitución cuando el propietario es despojado mediante un acto estatal ilegítimo. Nada justifica que el titular del derecho termine sacrificado por un tercero de buena fe y a título

En el caso de la Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos, 38,000 hectáreas del total de las 111,656 hectáreas que le fueron confiscadas, han sido adjudicadas en subasta pública, la mayoría de lotes y en venta directa, otros tantos a terceros, que ya han inscrito sus propiedades en el Registro Público; y por lo tanto, tendrían la condición legal de terceros registrales de buena fe; por lo que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, sería imposible restituir a través de un amparo o de un proceso de reivindicación en la judicatura ordinaria, esa superficie de tierras a su legítima propietaria, la que tendría que esperar hasta las calendas griegas, que el Estado, en vía de regularización inicie el procedimiento de expropiación de esas tierras y pague el justiprecio de las mismas, más una indemnización por el perjuicio ocasionado a la comunidad; por lo que esa suerte de remedio *ex post factum* ideado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia para reparar las confiscaciones de inmuebles efectuados por el Estado, es de dudosa efectividad.

oneroso, ya que un mal (la pérdida que sufriría el tercero) no se remedia con otro mal (la pérdida que sufre el *verus dominus*)”.

(...)

“Todavía más incomprensible es sostener que el propietario confiscado (en la terminología del Tribunal Constitucional) sea quien deba esperar que, “el Estado inicie el procedimiento de expropiación” ¿Y qué pasa si no se inicia? ¿Hasta cuándo debe esperar? Además, la expropiación depende de la voluntad legislativa, ya que se aprueba por ley del Congreso, ¿o acaso el juez puede dar por existente una ley cuando el legislativo omite actuar?. Parece difícil pensar en esa hipótesis, y mientras tanto, ¿qué hace el propietario confiscado? ¿recuperará el bien para sí? ¿o ya lo perdió? En realidad la mejor solución es anular la expropiación de hecho, reivindicar al verdadero propietario (primigenio) y obligar al Estado que pague una indemnización al tercero; pero no “esperar el procedimiento de expropiación”, sino que simplemente se actúe directamente el resarcimiento de daños. El tercero sería acreedor de éste o de esta indemnización en cuanto no es propietario”.

(...)

“La sentencia comentada es un ejemplo del peor neoliberalismo, ya que se busca proteger la “ética del inversionista”, del productor, del empresario, de quien adquiere bienes; en cambio se ataca la ética del propietario inmemorial”, a quien se le considera retrógrada o retrógrado e improductivo ¿alguien vio aquí un rezago de los conflictos entre la moderna empresa capitalista y las comunidades tradicionales? Yo creo que sí” y (Crítica a la tendencia neoliberal del Tribunal Constitucional en materia de propiedad y expropiación), en Gaceta Constitucional, Gaceta Jurídica, Tomo 43, Julio 2011, pp. 30-31

3.6. Tierras que han sido arrebatadas a las comunidades.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N° 24657, Ley de Deslinde y Titulación del Territorio de las Comunidades Campesinas, no se consideran tierras de la comunidad:

- a) Los predios de propiedad de terceros amparados en títulos otorgados con anterioridad al 18 de Enero de 1920 y que se encuentran conducidos directamente por sus titulares.
- b) Las tierras que se encuentran ocupadas por centros poblados y asentamientos humanos al 31 de octubre de 1993, salvo aquellas sobre las que se haya interpuesto acciones de reivindicación por parte de las comunidades campesinas antes de dicha fecha. Las autoridades pertinentes procederán a formalizar y registrar las tierras ocupadas por los asentamientos humanos, con el fin de adjudicar y registrar la propiedad individual de los lotes a sus ocupantes.

Se exceptúan las tierras de los centros poblados que están formados, dirigidos y gobernados por la propia comunidad.

De conformidad con la Novena Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 27046, publicada el 05.01.99, el plazo a que se refiere esta disposición es el contemplado en el artículo 20° del Decreto Legislativo N° 803 y sus modificatorias. Extendiéndose la aplicación de dicha disposición a los programas estatales y municipales de vivienda.

- c) Las que el Estado ha utilizado para servicios públicos, salvo convenios celebrados entre el Estado y la comunidad;
- d) Las tierras adjudicadas con fines de reforma agraria, excepto:
 - 1. Aquellos o aquellas sobre las que se han planteado acciones de reivindicación por parte de las Comunidades Campesinas.
 - 2. Aquellas que sean sometidas a procesos de reestructuración con fines de redistribución de tierras a favor de las Comunidades Campesinas,
- e) Las tierras en que se encuentren restos arqueológicos.

- f) Las que la comunidad adjudique a sus comuneros o a terceros.
Inciso adicionado por la cuarta disposición complementaria y final de la Ley N° 26845, publicada el 26.07.97¹⁰⁷.

A continuación ensayamos un breve comentario respecto a cada una de estas disposiciones:

a) Los predios de propiedad de terceros amparados en títulos otorgados con anterioridad al 18 de Enero de 1920 y que se encuentren conducidos directamente por sus titulares.

Dentro de los alcances del inciso a) de la Ley N° 24657, hay que incluir no solo las tierras de propiedad de terceros, sino de los propios comuneros amparados en títulos otorgados antes del 18 de enero de 1920, fecha de vigencia de la Constitución Política de ese año, que declaró la imprescriptibilidad de las tierras comunales. No olvidemos que en virtud de los decretos dictados por Bolívar, los indios se convirtieron en propietarios de las tierras que venían poseyendo; y éstos las podían transferir por sucesión hereditaria o venderlas a terceros, que de esta manera resultaron siendo propietarios de las mismas.

De esta manera es posible encontrar algunas islas de propiedad privada dentro del territorio de las comunidades campesinas, no siendo exigible como equivocadamente lo expresa la norma que esas áreas se encuentren conducidas directamente por sus titulares, porque este es un requisito inspirado en el principio de que la tierra es de quien la trabaja, instituido por la legislación de reforma agraria que fue abolido por la Constitución de 1979, al permitir esta Carta Política la conducción indirecta de la tierra por medio de administradores¹⁰⁸.

b) Las tierras que se encuentren ocupadas por centros poblados o asentamientos humanos al 31 de octubre de 1993, salvo aquellas

¹⁰⁷ Fuente: Sistema Peruano de Información Jurídica – Ministerio de Justicia, actualizado al 26.11.09.

¹⁰⁸ ACOSTUPA, Saturnino, y URVIOLA, Ezequiel. "El Debate Agrario en la Constituyente", op. cit. pp.5.

sobre las que se haya interpuesto acciones de reivindicación por parte de las comunidades campesinas antes de dicha fecha. Las autoridades pertinentes procederán a formalizar y registrar a las tierras ocupadas por los asentamientos humanos, con el fin de adjudicar y registrar la propiedad individual de los lotes a sus ocupantes.

Se exceptúan las tierras de los centros poblados que estén formados y dirigidos por la propia comunidad.

Este inciso en su versión primigenia se refiere a las tierras comunales que al 06 de marzo de 1987 se encuentran ocupadas por centros poblados o asentamientos humanos; con la modificatoria introducida por la Ley N° 26845, ese plazo se extendió *de lege ferenda* hasta el 31 de octubre de 1993, fecha en que la Constitución de ese año fuera ratificada por referéndum ciudadano. Con esta norma lo único que se hizo fue legitimar la ocupación ilegal de las tierras comunales por asentamientos humanos informales o pueblos jóvenes existentes hasta esa fecha, con excepción de aquellas áreas invadidas sobre los que las comunidades habían interpuesto acciones judiciales de reivindicación.

Por lo general se trata de tierras comunales ubicadas en lugares adyacentes o limítrofes con centros poblados o ciudades antiguas, que han sido consideradas por los municipios o por el Ministerio de Vivienda, como zonas urbanas o de expansión urbana. Como se trata de poblaciones menos favorecidas, erradicarlas o desalojarlas de esos lugares ocasionaría un grave problema social, por lo que el legislador a través de dicha norma ha optado en disponer que las autoridades pertinentes procedan a formalizar y registrar las tierras ocupadas por esos asentamientos humanos, con la finalidad de adjudicar o registrar la propiedad individual de los lotes a sus ocupantes.

La norma también establece que se exceptúan las tierras de los centros poblados que estén formados, dirigidos y gobernados por la propia comunidad¹⁰⁹.

Las tierras de las comunidades campesinas que se encontraban ocupadas por centros poblados o asentamientos humanos al 31 de Octubre de 1993, han sido excluidas del territorio comunal por las leyes números 24657, 26845, 27046 y 28685. De conformidad con la Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 29320, publicada el 11 de febrero del 2009, se precisa que los actos de disposición efectuados por las comunidades campesinas sobre partes materiales o cuotas ideales de tierras ocupadas por posesiones informales excluidas de su dominio, de acuerdo con las leyes 24657, 26845, 27046 y 28685 son nulos de pleno derecho, por lo que no se requiere sentencia judicial que así lo declare. En estos casos, los afectados pueden hacer valer su derecho en sede judicial, a fin de obtener la devolución de su contraprestación, sujetándose al trámite de los procesos previstos en el Código Procesal Civil, según su naturaleza y cuantía¹¹⁰.

La Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 29320, establece también que para la inscripción en el Registro de Predios de los actos de disposición efectuados por las comunidades campesinas respecto de partes materiales de sus tierras, así como para la inscripción de las adjudicaciones en división y partición en los casos en que se hubiera dispuesto de cuotas ideales, los registradores públicos deben requerir que se acredite mediante constancia expedida por el ente competente para la formalización de

¹⁰⁹ De conformidad con la Novena Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 27046, publicada el 05.01.99, el plazo a que se refiere esta disposición es el contemplado en el artículo 20° del Decreto Legislativo N° 803 y sus modificatorias. Extendiéndose la aplicación de dicha disposición a los programas estatales y municipales de vivienda.

¹¹⁰ La Ley N° 29320, modifica el artículo 21° de la Ley N° 28687 y declara de necesidad pública, de conformidad con lo establecido en el numeral 6) del artículo 96° de la Ley N° 27922, Ley Orgánica de Municipalidades, la expropiación y posterior titulación en beneficio de los terrenos ocupados por posesiones informales al 31 de diciembre de 2004 (artículo 1°)

la propiedad informal, que dichos actos no comprenden tierras ocupadas por posesión informal alguna en los términos dispuestos en la primera Disposición Complementaria.

La Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 126-2011-SUNARP/SN de fecha 10.05.2011, aprueba la Directiva N° 003-2011-SUNARP/SN, que regula la calificación de los actos de saneamiento de posesiones informales ubicadas en propiedad de comunidades campesinas, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 29320.

El Decreto Supremo N° 004-2009-Vivienda, declara en su artículo 4.1 que los registradores públicos del registro de predios en la calificación de títulos presentados por la entidad formalizadora que involucre áreas comprendidas o comprendidos en una partida registral en la que corre inscrita la titularidad de dominio de una comunidad campesina, deberá verificar que dichas áreas se encuentran excluidas del territorio comunal, de acuerdo con lo dispuesto por las leyes números 24657, 26815, 27046 y 28885. De ser así, procederá a independizar el área ocupada por la posición informal a favor del Estado representado por la entidad formalizadora.

Finalmente, la Ley N° 28685, aprobada el 24.02.2006 adiciona el artículo 10° - A a la Ley N° 26845, con el siguiente texto:

Artículo 10° - A.- Procede declarar el abandono legal de las tierras de las comunidades campesinas de la costa, de conformidad con los artículos 88° y 89° de la Constitución Política del Perú, cuando los poseedores precarios de los terrenos de propiedad comunal ubicados dentro del área urbana y de expansión urbana, acrediten única posesión permanente y residencia habitual del inmueble con fines de vivienda, por un plazo no menor de cinco años a la fecha de presentación de la solicitud de declaración de abandono, siempre que

ofertada la compra por dichos poseedores, esa no se hubiera concretado con la comunidad”.

Las leyes números 24657, 26845, 27046 y 28685, contienen actos confiscatorios del territorio de las comunidades campesinas, pues como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0561-2007-PA/TC, caso Aspíllaga Anderson hnos. S.A. *“13 (...) se estará ante supuestos inconstitucionales de privación del derecho de propiedad cuando:*

- a) No exista la Ley del Congreso de la República que declare la expropiación sino otra norma con rango de ley.*
- b) Exista ley del Congreso de la República que declare la expropiación pero no exprese o señale algunos de los motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación o se fundamente en motivos distintos.*
- c) Exista la ley del Congreso de la República que señale algunos de los motivos contemplados en la Constitución, pero ésta se produce sin indemnización.*

En estos supuestos el Estado confisca el derecho de propiedad por cuanto se apodera de la totalidad o de una parte considerable de los bienes de una persona sin que exista ley del Congreso de la Republica o sin que se presenten algunos de los motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación, o sin indemnización”¹¹¹.

¹¹¹ En esta sentencia que fue publicada el 23.12.2010, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda de amparo y ordena a la Oficina Registral del Registro de la Propiedad Inmueble de Chiclayo que deje sin efecto las inscripciones de dominio de las terrenos eriazos realizados en mérito del artículo 410° del Decreto Legislativo N° 556 a favor del Instituto Nacional de desarrollo (INADE). El Tribunal consideró que el indicado dispositivo legal también resulta inconstitucional por el fondo, pues formaba parte de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 1990, que como tal sólo se encontraba destinada a regular la función administrativa y financiera del Estado, así como los ingresos fiscales, por lo que en la práctica constituye una norma de confiscación al tener como finalidad el apoderamiento de la totalidad o parte considerable de los bienes de una persona, por parte del Estado, sin que exista ley del Congreso de la República, sin que se presenten algunos de los motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación y sin indemnización.

c) Las que el Estado ha utilizado para servicios públicos, salvo convenios celebrados entre el Estado y la Comunidad.

Se trata de otro caso de confiscación de hecho, efectuado por el Estado que vulnera el derecho de propiedad que tienen las comunidades campesinas sobre tierras que integran su territorio, salvo que exista de por medio un convenio. El artículo 104º del Decreto Supremo N° 37-70-A, Estatuto Especial de Comunidades Campesinas establece “que las Comunidades Campesinas con aprobación de la Asamblea General podrán ceder en uso, parte de su territorio a los organismos del Estado para fines de construcción de locales escolares, postas médicas y otras construcciones de servicio que benefician a la comunidad”.

d) Las tierras adjudicadas con fines de Reforma Agraria excepto:

- 1. Aquellas sobre las que se han planteado acciones de reivindicación por parte de las comunidades campesinas.**
- 2. Aquellas que sean sometidas a procesos de reestructuración con fines de redistribución de tierras a favor de las Comunidades campesinas.**

Este Inciso del artículo 2º de la Ley N° 24657, se refiere a aquellas predios que estando dentro del territorio de las comunidades campesinas, estaban en poder de terceros ajenos a la comunidad, al haber entrado en posesión ilegal de esas tierras, o por haberlas adquirido en compras efectuadas a algunos comuneros después del 18 de enero de 1920, y que por descuido o negligencia de las autoridades comunales fueron afectadas y adjudicadas por la reforma agraria quedando fuera del patrimonio comunal, salvo que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 24657, las comunidades hubiesen interpuesto acciones de reivindicación ante el órgano jurisdiccional, para recuperar las tierras de las que fueron despojadas. Obviamente, a la fecha esta norma ha caído en desuso.

Aquí también se hace mención a aquellas tierras que hayan sido sometidas a procesos de reestructuración con fines de redistribución a favor de las comunidades campesinas. Hasta donde sabemos no existe ninguna casuística que demuestre la aplicación de ésta norma; lo único que se sabe es que en noviembre de 1980, durante el gobierno del arquitecto Fernando Belaúnde, se dictó el Decreto Legislativo N° 02-80, Ley de Promoción y Desarrollo Agrario que disponía la reestructuración de las empresas asociativas, cuando éstas presenten deficiencias en el dimensionamiento de su ámbito territorial o en la modalidad de adjudicación. Asimismo, durante el primer gobierno aprista, se dictaron los Decretos Supremos 05-86-AG y 06-86-AG, que dispusieron la reestructuración de las empresas asociativas adjudicatarias de tierras y otros bienes agrarios.

Dos de las causales para la reestructuración eran, el incumplimiento de las SAIS con las comunidades en la distribución o participación de las utilidades, y la marginidad a grupos y comunidades campesinas en la tenencia de tierras; pero – repito – estas disposiciones no se llegaron a aplicar, ni siquiera en el departamento de Puno como inicialmente estaba previsto¹¹².

e) Las tierras en que se encuentran restos arqueológicos.

Esta disposición está en perfecta armonía con el artículo 36° de la Constitución Política de 1979 que se encontraba vigente al momento de su promulgación; el mismo que establecía que “los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monasterios, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, declarados patrimonio cultural de la Nación, están bajo el amparo del Estado. La Ley regula su conservación, restauración, mantenimiento y restitución”. El artículo 21° de la Constitución vigente es más explícito todavía, al declarar que “los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones,

¹¹² Véase. DONGO DENEGRÍ, Luis. Derecho Agrario Peruano, Tomo III, MARSOL 1986, pp 111 y ss.

monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico; expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública están protegidos por el Estado. La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio (...)”¹¹³.

Con ello lo que se busca es proteger las manifestaciones materiales o inmateriales que constituyen el patrimonio cultural de la nación. No interesa si el legado histórico dejado por nuestros antepasados se encuentra ubicado dentro del territorio de las comunidades campesinas, pues, se presume *jure et de jure* que pertenecen al Estado. Al Ministerio de Cultura le corresponde determinar la existencia de los bienes culturales y proceder a su registro.

f) Las que la comunidad adjudique a sus comuneros o a terceros.

Se refiere esta disposición a las tierras que las comunidades campesinas de la costa hayan adjudicado a comuneros posesionarios o no posesionarios o de terceros, en virtud de lo dispuesto por la ley N° 26505 y por la Ley N° 26845, de las que ya nos hemos ocupado en un primer momento¹¹⁴.

g) Las que sean declaradas en abandono.

El abandono es una causal de extinción del derecho de propiedad. En el caso de tierras rústicas, se produce cuando su

¹¹³ De conformidad con el artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación “Se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la nación toda manifestación del quehacer humano material o inmaterial, que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual sea expresamente declarado como tal o sobre el que existe presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente Ley”. Asimismo, en los artículos IV y V del Título Preliminar de la precitada Ley, se declara de interés social y de necesidad pública, la identificación, registro inventario, declaración, protección, restauración, investigación, conservación, puesta en valor y difusión del Patrimonio Cultural de la Nación, así como su protección por parte del Estado y sujetos al régimen regulado por dicha Ley.

¹¹⁴ Inciso adicionado por la Cuarta Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 26845, publicada el 26.07.97.

dueño las mantiene improductivas por determinado lapso de tiempo, quedando dichas tierras incorporadas al dominio público, sin ninguna compensación económica a favor del antiguo propietario. El abandono para que opere debe ser voluntario; importa una renuncia tácita al derecho de propiedad¹¹⁵, aunque también se puede producir por la negligencia del propietario que se desatiende del bien.

La reversión de las tierras por abandono, fue prevista por primera vez en la Constitución Política de 1979, cuyo artículo 157º, relativo al Régimen Agrario (Cap. VIII del Título III) dispuso que las tierras abandonadas pasaban al dominio del Estado para su adjudicación a campesinos sin tierras. No se refería al abandono de tierras comunales.

La Constitución de 1993, en su artículo 88º, señala que las tierras abandonadas, según previsión legal pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta. Ahora también pueden ser objeto de reversión por abandono las tierras de las comunidades campesinas, según el artículo 89 de la misma carta.

En un comienzo, el artículo 5º de la Ley Nº 26505, haciendo una interpretación restrictiva de la norma Constitucional, estableció que el abandono de tierras, a que se refiere al artículo 88º segundo párrafo de la Constitución Política del Perú, solo se refiere a las tierras adjudicadas en concesión por el Estado, en los casos de incumplimiento de los términos y condiciones de aquella. En verdad desconocemos las razones del legislador para adoptar este criterio, pero cualquiera sea el motivo que haya tenido, lo cierto es que este

¹¹⁵ De distinto parecer es RAMIREZ CRUZ, Eugenio María para quien “debe descartarse, en suma, la confusión del abandono con la pérdida y con la renuncia” (Tratado de Derechos Reales, Tomo II, Editorial Rodhas, segunda edición, 2004. p 388. De otro lado. SCHEREIBER PEZET, Max Arias. considera que “no debe confundirse el abandono con el no uso. Por el no uso extinguieron en principio los Derechos reales en cosa ajena, susceptibles de posesión, pero no el de propiedad” (Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo III, derechos Reales, op. cit, p. 336

dispositivo legal, desnaturalizó la institución del abandono y dejó prácticamente inoperante el aludido numeral de la Constitución.

Luego, el Decreto Supremo N° 011-97-AG; Reglamento de la Ley N° 26505, en su artículo 26 inciso a), declaró concluidos, entre otros, los procedimientos de abandono de tierras agrícolas, seguidos en aplicación del Artículo 8° del Texto Único Concordado del Decreto Ley N° 17716 y Artículo 22° del Decreto Legislativo N° 653.

Después, se dictó la Ley N° 26845, Ley de Titulación de Comunidades Campesinas de la Costa. Esta ley, declara inaplicable el artículo 5° de la Ley N° 26505, estableciendo en su artículo 10° que procede declarar el abandono legal de las tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa, de conformidad con los artículos 88° y 89° de la Constitución Política del Perú, cuando terceros poseedores en condición de precarios las tengan dedicadas a la actividad agraria bajo explotación económica, pública, pacífica e ininterrumpida por un plazo no menor de dos (2) años a la fecha de presentación de la solicitud de declaración de abandono y de acuerdo a lo previsto por el artículo 27° del Decreto Legislativo N° 667, siempre que ofertada la compra por dichos poseedores precarios, ésta no se hubiera concertado con la comunidad. La posesión de la tierra y la explotación económica, serán acreditados con los elementos de prueba requeridos por el artículo 26° excepto el señalado en el inciso 6.6) del Decreto Legislativo N° 667, modificado por el decreto Legislativo N° 889.

En los casos en que se hubiera iniciado el procedimiento de declaratoria de abandono, se dará por concluido éste si la Comunidad Campesina de la Costa, a cuyo favor se encuentran inscritas las tierras otorga el título de propiedad respectivo. Es evidente que el

numeral que antecede confunde al abandono con la prescripción adquisitiva o usucapión¹¹⁶.

Posteriormente se promulgó la Ley N° 28685, Ley que Regula la Declaración de Abandono Legal de las Tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa ocupadas por Asentamientos Humanos y otras Posesiones Informales. Esta ley adiciona el artículo 10º-A a la Ley N° 26845, con el siguiente texto: “Procede declarar el abandono legal de las tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa, de conformidad con los artículo 88º y 89 de la Constitución Política del Perú, cuando los poseedores precarios de los terrenos de propiedad comunal ubicados dentro del área urbana y de expansión urbana, acrediten única posesión permanente y residencia habitual del inmueble con fines de vivienda, por un plazo no menor de cinco años a la fecha de presentación de la solicitud de declaración de abandono, siempre que ofertada la compra por dichos poseedores precarios, ésta no se hubiera concertado con la comunidad”.

Somos de opinión que para el caso específico de abandono de parcelas comunales no son aplicables los dispositivos legales glosados, sino la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas. El artículo 14º de ésta ley establece que la comunidad es la llamada a recuperar la posesión de las parcelas abandonadas o no explotadas en forma directa por los comuneros previo pago de las mejoras introducidas en ellas, lo cual será decidido con el voto favorable de los dos tercios de los miembros calificados de la Asamblea General de la Comunidad. En todo caso, consideramos que la reversión o incorporación al dominio del Estado se produce sólo cuando la comunidad como institución hace abandono de parte o de la totalidad de su territorio, al no realizar actos posesorios. No se

¹¹⁶ Vid. FIGALLO ADRIANZÉN, Guillermo. “Origen, exclusión y reafirmación de las Comunidades Campesinas”, op cit, p. 239.

consideran abandonadas las tierras arrendadas por la comunidad a terceros para su explotación.

3.7. Las servidumbres en tierras de propiedad comunal.

En lo que se refiere a las servidumbres en general, el artículo 1035 del Código Civil establece que la ley o el propietario de un predio puede imponerle gravámenes en beneficio de otro que den derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de éste el ejercicio de algunos de sus derechos. Las servidumbres son desmembraciones del derecho de propiedad, cargas o limitaciones que sufre el propietario del predio sirviente. Son inseparables de ambos predios y solo se pueden transferir con ellos, subsistiendo en su integridad con independencia de quien sea el propietario de las mismas; tienen además la condición de perpetuas, salvo las disposiciones establecidas en la ley o en el respectivo convenio. Son también indivisibles. Se extinguen en todos los casos por el no uso durante cinco años.

El Código Civil menciona como formas de adquisición de las servidumbres a la ley, al pacto o contratos y a la prescripción, pero en este caso solo si se trata de servidumbres aparentes¹¹⁷ mediante la posesión continua durante cinco años con justo título y buena fe o durante diez años sin estos requisitos. Aunque el código no lo mencione también pueden adquirirse servidumbres por resolución judicial. Es obvio que no pueden adquirirse por prescripción servidumbres de paso en tierras comunales por ser estas imprescriptibles. La servidumbre legal de paso se establece en beneficio de los predios que no tengan salida a los caminos públicos.

¹¹⁷ “Las aparentes son las que están a la vista, por ejemplo, una ventana sobre inmueble ajeno, la servidumbre de paso, si es que existe sendero, la de cable carril, etc. Las no aparentes son las que no ofrecen señal visible de su existencia como la de paso cuando no hay sendero” (MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. Los Derechos Reales; Tipografía Sesatur, 1980, p. 112). El Tribunal Constitucional ha señalado que “La servidumbre de paso constituye una institución legal que hace visible el ejercicio de la libertad de tránsito en sus diversas manifestaciones. De ahí que cualquier restricción arbitraria del uso de la servidumbre suponga también una vulneración del derecho a la libertad de tránsito, y por tanto pueda ser protegido mediante el hábeas corpus” (STC. Exp. N° 00228-2008-PHC/TC)

3.7.1. Las servidumbres mineras y de hidrocarburos.

En varios casos se ha producido un conflicto entre el derecho de propiedad de las comunidades campesinas sobre su territorio y la libertad de empresa, sobre todo cuando las empresas de dedican a realizar actividades extractivas de minerales o de hidrocarburos. Esto puede dar lugar al establecimiento de servidumbres que se rigen por una regulación especial. Sobre la condición jurídica del suelo y el subsuelo en lo que respecta a la minería, en el Perú, rige, lo que en la doctrina del derecho minero se conoce como sistema dominal, en el que el Estado tiene el dominio originario y derivado de las minas y éste las puede adjudicar en concesión a los particulares¹¹⁸.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 954º *in fine* del Código Civil, la propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales. Asimismo, el artículo 66º de la Constitución Política, declara que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento¹¹⁹.

¹¹⁸ BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Minero Peruano, EDIGRAF tercera edición, 1983, p. 101.

¹¹⁹ La Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, contiene las siguientes definiciones.

Artículo 3º.- se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como:

- a) Las aguas superficiales y subterráneas;
- b) El suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor; agrícolas, pecuarias, forestales y de protección.
- c) La diversidad biológica: Como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistos y los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida;
- d) Los recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares;
- e) La atmósfera y el espectro radioeléctrico;
- f) Los demás considerados como tales.

El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente Ley.

Límites al otorgamiento y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Artículo 8. El Estado vela para que el otorgamiento del derecho de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se realice en armonía con el interés de la Nación, el bien común y dentro de los

Sobre la servidumbre minera, Martín Mejorada dice que “se trata de una carga sobre un predio (predio sirviente) que le permite al titular de una concesión el ejercicio de las actividades mineras, así como para el transporte de mineral por ductos”. Aclara que “la servidumbre minera beneficia a un bien que sin ser un predio es un bien inmueble: la concesión minera. Esta es un bien inmueble por expreso mandato del artículo 885 inciso 8) del Código Civil”¹²⁰

El artículo 7º de la Ley N° 26505 dispone que “La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley. En el caso de servidumbre minera o de hidrocarburos, el propietario de la tierra será previamente indemnizado en efectivo por el titular de actividad minera o de hidrocarburos, según valorización que incluye compensación por el eventual perjuicio que se determinará por Resolución Suprema refrendada por los Ministros de Agricultura y de Energía y Minas.

Mantiene vigencia el uso minero o de hidrocarburos sobre tierras eriazas cuyo dominio corresponde al Estado y que a la fecha están ocupadas por infraestructura, instalaciones y servicios para fines mineros y de hidrocarburos.

Por su parte, el Reglamento del artículo 7º de la Ley N° 26505, referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos, aprobado por Decreto

límites y principios establecidos en la presente ley, en las leyes especiales y en las normas reglamentarias sobre la materia

¹²⁰ MEJORADA C, Martín. “Las servidumbres en general y las mineras en particular”, diario El Peruano, del 10.11.2003, p.19

Supremo N° 017-96-AG; publicado el 18 de octubre de 1996, dispone:

La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos, así como el transporte de hidrocarburos y minerales por ductos requiere acuerdo previo con el propietario de las tierras o la culminación del procedimiento de servidumbre (artículo 1°). El acuerdo entre las partes deberá constar en documento extendido ante Notario Público o Juez de Paz, el que deberá ser puesto en conocimiento del órgano competente del Ministerio de Energía y Minas (artículo 2°)¹²¹.

Se tendrá por agotada la etapa de acuerdo entre las partes si transcurrido treinta (30) días útiles de comunicación cursada por el solicitante al propietario del predio, no se produjera el acuerdo. En todo caso, la solicitud para el establecimiento de la servidumbre a la autoridad minera, deberá estar acompañada con el documento que acredite la constancia de recepción por el propietario del predio, de la comunicación solicitando la adopción del acuerdo, pudiendo el propietario dirigirse a la autoridad minera, expresando las razones de su oposición a la utilización de las tierras (artículo 3°).

En el caso de las Comunidades Campesinas de la Costa, el acuerdo previo al que se refiere el reglamento, para el establecimiento de la servidumbre debe ser aprobado en la forma prevista en el inciso b) del artículo 10° de la Ley N° 26505, con el voto a favor de no menos del 50% de los miembros asistentes a la asamblea instalada con el quórum correspondiente. Este artículo por la forma como ha sido redactado, resulta lesivo a los intereses de las comunidades campesinas de la costa, pues no exige que el acuerdo sea aprobado con el voto conforme del 50% de todos los

¹²¹ Artículo 2°

miembros de la comunidad, sino con ese mismo porcentaje, pero solo de los comuneros asistentes a la asamblea, con lo que podría darse el caso que una comunidad tenga 5,000 mil comuneros inscritos, pero de ellos, solo asistan a la asamblea 100; con un quórum de 51, es decir, la mitad más uno, se podría aprobar el establecimiento de una servidumbre minera.

El establecimiento de servidumbre sobre tierras para la actividad minera, se rige por lo dispuesto en el Capítulo IV del Título XII del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (TUO), aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, los artículos 43° y 44° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por el Decreto Supremo N° 018-92-EM, y de acuerdo al siguiente procedimiento:

El Director General de Minería, dentro del plazo de treinta (30) días de recibida la pericia a que se refiere el artículo 131° del TUO, prepara el proyecto de Resolución Suprema que fije la indemnización conjuntamente con la minuta de establecimiento de la servidumbre, elevando en este plazo los actuados, para la expedición de la Resolución Suprema que impondrá la servidumbre, la que será refrendada por los ministros de Energía y Minas y de Agricultura.

Expedida la Resolución Suprema, el solicitante consignará a la orden de la Dirección General de Minería el monto de la indemnización en el plazo máximo de treinta (30) días calendarios de notificado con la resolución, bajo pena de declararse abandonada la solicitud. Efectuada la consignación, la Dirección General de Minería ordenará la suscripción de la escritura pública dentro de los quince (15) días calendarios siguientes de notificadas las partes.

La entrega de la indemnización al propietario de la tierra, se efectuará contra la firma de la escritura pública. Si transcurridos los quince (15) días el propietario no firmase la escritura pública se depositará el monto indemnizatorio en el Banco de la Nación, firmando en rebeldía la escritura pública, el Director General de Minería, luego de lo cual se entregará al propietario el monto consignado (artículo 4°).

De conformidad con la Séptima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 653 y artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, no procede el establecimiento de servidumbres sobre tierras de uso agrícola o ganadero para el desarrollo de actividades mineras no metálicas.

El establecimiento de servidumbres sobre tierras para las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos se regirá por las disposiciones contenidas en el Anexo B del Reglamento de las Actividades de Exploración y de Explotación de Hidrocarburos, aprobado por el Decreto Supremo N° 055-93-EM; el establecimiento de la servidumbre para el transporte de hidrocarburos por ductos se regirá por las disposiciones contenidas en el Reglamento para el Transporte de Hidrocarburos por Ductos aprobado por Decreto Supremo N° 021-96-EM. La imposición de la servidumbre se aprobará por Resolución Suprema, refrendada por los ministros de Energía y Minas y de Agricultura (artículo 7°).

La servidumbre se extinguirá en cualquiera de los casos siguientes:

- a) Destinar la servidumbre, sin autorización previa, a fin distinto para el cual se estableció; o

- b) Conclusión de la finalidad para la cual se constituyó la servidumbre (artículo 8°).

Felizmente y gracias a los reclamos y protestas efectuados, entre otros, por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSEP), fue derogado el Decreto Legislativo N° 1064 por el artículo 1° de la Ley N° 29382, publicada el 19 de junio de 2009¹²². En el referido decreto, se establecía la imposición de servidumbres legales, prescindiéndose de los procedimientos establecidos en la Ley N° 26505 y su reglamento, que como hemos visto contemplan la obligación de llegar a un acuerdo previo entre el propietario de la tierra y las empresas interesadas, como requisito ineludible para el inicio de actividades mineras o de hidrocarburos. Indudablemente las grandes perjudicadas con esto eran las comunidades campesinas y nativas, en cuyos territorios, se albergan mayormente los yacimientos mineros y los hidrocarburos.

3.7.2. Servidumbre de paso y justicia constitucional.

El Tribunal Constitucional en la sentencia de hábeas corpus recaída en el Exp. N° 00228-2008-PHC/TC – LIMA NORTE, ha establecido:

“8. No cabe la menor duda de que, en un contexto dado, la servidumbre de paso constituye una institución legal que hace viable el ejercicio de la libertad de tránsito en sus diversas manifestaciones. De ahí que cualquier restricción arbitraria del uso de la servidumbre suponga también una vulneración del derecho a la libertad de tránsito, y por tanto, pueda ser protegido mediante el hábeas corpus. Sin embargo, no debe olvidarse que la competencia de la justicia constitucional de la libertad está referida únicamente a la

¹²² La Revista Agraria, Año 10 N° 107, mayo 2009, pp 4 y 5

protección de derechos fundamentales y no a la solución y/o dilucidación de controversias que atañan asuntos de mera legalidad”.

“9. En efecto, en más de una ocasión en la que se ha cuestionado el impedimento del tránsito por una servidumbre de paso este Tribunal Constitucional ha estimado la pretensión, sustentándose en que la existencia y validez legal de la servidumbre se hallaba suficientemente acreditada conforme a la ley de la materia (Cfr Exps. N°s 0202 – 2000 – AA/TC, 3247-2004-PHC/TC, 7960-2006-PHC/TC). Ello no resulta ajeno a la jurisdicción constitucional, en la medida que estando suficientemente acreditada la institución legal que posibilita el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito, corresponde al juez constitucional analizar en cada caso si la alegada restricción del derecho invocado es o no inconstitucional”.

(...)

“11. Conforme a lo expuesto, la demanda de hábeas corpus en la que se alegue la vulneración del derecho a la libertad de tránsito a través de una servidumbre de paso, exige previamente la acreditación de la validez legal y existencia de la servidumbre. De lo contrario, en caso de que la alegada vulneración de la libertad de tránsito exija la determinación de aspectos de mera legalidad, que excedan el objeto del proceso de hábeas corpus, la demanda deberá ser declarada improcedente”.

El Alto Colegiado Constitucional declaró IMPROCEDENTE la demanda en este caso, al estimar que “A mayor abundamiento sobre la concesión minera del demandante don Jorge Ernesto Mendez Venegas, cabe señalar que si bien es cierto que mediante Resolución Jefatural N° 03676-97-RPM de fecha 20 de

mayo de 1997 (a fojas 46), se le concedió a don Jorge Ernesto Mendez Venegas el título de concesión minera sobre 600 hectáreas ubicadas en el kilómetro 315 de la localidad de río seco, distrito de Carabaylo, provincia de Lima, del tenor de la propia resolución mediante la que se otorga la concesión minera se estableció que el ejercicio de los derechos concedidos se encuentra supeditado al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Título Sexto del TUO de la Ley General de Minería (Decreto Supremo N° 014-92.EM), así como por lo dispuesto por la Ley N° 26505, la misma que se encontraba vigente al momento de interponerse la demanda y disponía en su artículo 7° que la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras requiere acuerdo previo con el propietario, o la culminación del procedimiento de servidumbre establecido en su reglamento, ninguno de los cuales ha sido acreditado por el demandante en el presente proceso constitucional”¹²³.

¹²³ Fundamentos jurídicos 8, 9, 11 y 13

CAPÍTULO IV

ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL AUTOGOBIERNO COMUNAL

4.1. De la personalidad jurídica de las comunidades.

4.1.1. Noción de persona jurídica.

La expresión persona jurídica alude a la existencia de un sujeto creado por la ley, con derechos y obligaciones distintas a los de las personas físicas que la conforman. En la doctrina este tipo de personas han sido definidas, bien como entes abstractos, bien como entes artificiales y ficticios, o bien como personas morales. La legislación civil se refiere a dos clases de personas jurídicas: a) personas jurídicas de derecho público interno (El Estado, los gobiernos regionales, locales y demás entes públicos); b) personas jurídicas de derecho privado (asociaciones, comités, fundaciones, comunidades campesinas y nativas).

Sobre los derechos de las personas jurídicas, el Tribunal Constitucional Peruano entiende que *“en la medida en que los organismos conformados por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúan en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de éstas últimas se extienden a las personas jurídicas, como es el caso del honor. En este sentido cabe diferenciar entre personas jurídicas de substrato propiamente personalista representado por una colectividad de individuos (universitus personarum) y personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del substrato patrimonial (universitates bonarum)”*¹²⁴.

En cuanto al nacimiento de las personas jurídicas de derecho privado, el artículo 77º del Código Civil Peruano dice:

¹²⁴ STC Exp. N° 04611-2007-PA/TC, f.j. 24.

“La existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley.

La eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción quedan subordinados a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita.

Si la persona jurídica no se constituye o no se rectifican. Los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros”.

Los bienes de las personas jurídicas no pertenecen a ninguno de sus miembros, ni éstos están obligados a responder por sus deudas. En este sentido, el artículo 78º del Código Civil establece que: “Las personas jurídicas tienen existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”. A pesar de la definición que contiene el referido numeral del Código Civil, la tendencia predominante en el derecho de las personas jurídicas, considera que la persona jurídica no es algo distinto de sus miembros o personas naturales que la integran. En este sentido, Fernández Sessarego considera que “persona jurídica” no conduce a ningún ente irreal o abstracto, sino solo a una organización de personas que realizan fines valiosos”¹²⁵.

Debemos indicar que, tanto las comunidades campesinas, como las comunidades nativas, son dos tipos legales de personas jurídicas no lucrativas o no societarias, lo que no quiere decir que no puedan realizar actividades económicas. Es así que, las comunidades campesinas están facultadas por su propia

¹²⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano 4ta. Edición, Cultural Cuzco S.A., 1990. p. 153.

legislación para que puedan organizar y administrar sus actividades económicas en forma empresarial, utilizando su propia denominación, ya sea empleando el término de empresa comunal o asociándose con otras comunidades para formar empresas multicomunales¹²⁶.

4.1.2. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades campesinas.

Este derecho ha sido reconocido por el artículo 89º de la Constitución, al establecer que las comunidades campesinas y nativas “tienen existencia legal y son personas jurídicas”. Al respecto, el Tribunal Constitucional, ha declarado lo siguiente:

“25 (---), la Norma Fundamental, en forma excepcional y privilegiada, ha otorgado a dichas comunidades personería jurídica erga omnes en forma directa, sin la necesidad de realizar la inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia (...) el acto administrativo de inscripción es entonces, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de Derecho Privado, declarativo y no constitutivo.

26. Una inscripción en el registro sería útil para acreditar la existencia de la personería. La falta de inscripción registral no puede desvirtuar su personería jurídica, pero sí es relevante como prueba a efectos de ejercer su capacidad procesal. Pero sí la comunidad está inscrita, está obligada a presentar su registro. En caso de estarlo, bastaría con mostrar medios probatorios que fehacientemente prueben su existencia fáctica. No es posible que se pueda colocar a la comunidad

¹²⁶ Sobre el particular ESPINOZA ESPINOZA, Juan considera que “Dentro de este orden de ideas resulta coherente, no solo que una persona jurídica sin fines de lucro pueda realizar actividades económicas que se limitan al tradicional y socorrido dicho de “incrementar el patrimonio con los aportes de sus asociados”, o a efectuar rifas, o a solicitar donaciones, sino también que la misma persona jurídica sin fines de lucro, a través de su representante forme parte de una persona jurídica lucrativa como miembro de directorio, como socio, por ejemplo, por cuanto la eventual “ganancia” sería aplicada a la finalidad no lucrativa. También es posible el nombramiento de un gerente dentro de una persona jurídica no lucrativa, porque las funciones de éste serían las de incrementar y administrar adecuadamente el patrimonio de dicha persona jurídica, el cual será destinado a su finalidad no lucrativa. Dichas actividades no desvirtuarían la especial naturaleza de este tipo de personas jurídicas”. Derecho de las Personas. Huallaga Editorial, 2001, p. 414.

en una situación de indefensión tal que, por temas netamente formales (incumplimiento de acto administrativo declarativo), terminen desconfigurando lo señalado en la Constitución en concordancia válidamente aceptada por el Convenio 169, sobre Pueblo Indígenas y Tribales”¹²⁷.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado sobre la personalidad jurídica de los pueblos indígenas en varias sentencias. Así, por ejemplo, la Corte considera que *“el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa y los derechos que ello apareja como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma (...)”¹²⁸.*

La Corte considera también que *“Es deber del Estado prever los medios y condiciones jurídicas en general y para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situaciones de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la Ley”¹²⁹.*

¹²⁷ STC Exp. N° 04611-2007-PA/TC.

¹²⁸ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, reparaciones y costas), párrafo 82.

¹²⁹ Caso Comunidad Indígena SANKOYAMAXA vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) párrafo 189.

En otra sentencia la Corte ha considerado “*que el contenido propio del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es que se reconozca a la persona en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, a gozar de los derechos civiles fundamentales, [lo cual] implica la capacidad de ser titular de derechos [capacidad y goce y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de [los] derechos y deberes [civiles y fundamentales]*”¹³⁰.

4.1.3. De la resolución de reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades.

De acuerdo a la legislación peruana en vigencia, para formalizar su personería jurídica, la comunidad campesina debe recabar previamente la resolución administrativa de reconocimiento oficial expedida por el órgano competente en asuntos de comunidades del gobierno regional correspondiente.

En mérito a dicha resolución se inscribirá en el Libro de Comunidades Campesinas y Nativas del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral competente. Así se desprende del artículo 1º del Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas, de aquí en adelante identificado con las siglas RLGCC, aprobado por Decreto Supremo N° 008-91-TR, cuya redacción resulta un tanto defectuosa.

En la primera de las disposiciones transitorias de este reglamento, se dispone que los actos administrativos efectuados por las Unidades Agrarias Departamentales, en relación al reconocimiento oficial de comunidades campesinas de 1987 a diciembre de 1980, serán revisados de oficio por el órgano

¹³⁰ Caso Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo reparaciones y costas), párrafo 248.

competente de asuntos de comunidades del gobierno regional correspondiente, en el plazo máximo de 180 días, a partir de la vigencia del presente reglamento, a fin de ser convalidados y/o modificados, de conformidad a las disposiciones vigentes.

A su vez, la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley General de Comunidades Campesinas, Ley N° 24656 (a partir de aquí la LGCC), ha dispuesto que las comunidades campesinas inscritas conforme a normas anteriores a la presente ley mantienen su personería jurídica y su inscripción en el Registro de Personas Jurídicas se efectúa de oficio. Cabe recordar que muchas comunidades campesinas fueron reconocidas por el ex Ministerio de Industrias y Fomento, al amparo de la Resolución Suprema del 28 de agosto de 1925, ampliada por resolución Suprema del 11 de setiembre del mismo año, e inscritas en el Registro Oficial de la Sección de Asuntos Indígenas de ese Ministerio. En la parte resolutive de esas resoluciones supremas, se expresa que el reconocimiento es un acto que no afecta derechos de terceros sobre terrenos de propiedad particular que pudieran encontrarse en la jurisdicción señalada por la comunidad.

4.2. Requisitos para obtener la resolución de reconocimiento.

El RLGCC señala los requisitos y los pasos que se deben seguir para obtener la resolución administrativa de reconocimiento de una comunidad campesina en los siguientes artículos:

Artículo 4º.- El presidente de la Directiva Comunal, en representación de la comunidad, presentará solicitud al órgano competente en asuntos de comunidades del Gobierno Regional, acompañando los siguientes documentos:

- a) Copias legalizadas, por Notario o Juez de Paz de la localidad, de las siguientes actas de Asamblea General donde:

- Se acuerde solicitar su inscripción como Comunidad Campesina, precisando su nombre.
 - Se aprueba el Estatuto de la Comunidad; y
 - Se elija a la Directiva Comunal.
- b) Censo de población y otros datos según formularios proporcionados por el INDECI; y
- c) Croquis del territorio comunal con indicación de linderos y colindantes.

Artículo 5º.- El órgano competente en asuntos de Comunidades del Gobierno Regional dispondrá:

- a) La publicación de la solicitud de inscripción de la comunidad y el croquis de su territorio, mediante avisos o carteles que se colocará en la sede de la comunidad y en el local del Consejo Distrital correspondiente.
- b) La obtención de una constancia que acredite la posesión del territorio comunal otorgado por el órgano competente en materia de propiedad y tenencia de tierras rústicas del Gobierno Regional o por la mayoría de sus colindantes; y
- c) Una inspección ocular para la verificación de los datos proporcionados por la Comunidad Campesina, evacuando el respectivo informe, con opinión sobre la procedencia o improcedencia de inscripción de la Comunidad.

Artículo 6º.- Cualquier persona natural o jurídica con legítimo interés, podrá plantear observaciones, dentro del término de quince días de efectuada la publicación a que se refiere el artículo anterior, observación que se tramitará y resolverá conjuntamente con el principal.

Artículo 7º.- dictada la resolución de inscripción oficial, el órgano correspondiente del Gobierno Regional, procederá dentro del plazo de diez días, a notificar a las partes interesadas. Notificada que sea la resolución, si en el plazo de 15 días, no se planteara impugnación, dicha resolución se dará por consentida, procediéndose a la inscripción de la Comunidad, en el Registro Regional de Comunidades Campesinas.

Artículo 8º.- En caso de presentarse impugnación a la resolución de inscripción de la Comunidad, la absolución del grado corresponde en última y definitiva instancia al Presidente del Consejo Regional.

Artículo 9º.- Inscrita la Comunidad en el Registro Regional de Comunidades Campesinas, el órgano correspondiente del Gobierno Regional, otorgará al Presidente de la Directiva Comunal, copia certificada de la resolución de inscripción y los datos de su inscripción, a fin de que prosigan su trámite ante la Oficina Registral, de conformidad con lo estipulado en el Art. 2026º del Código Civil.

4.3. Requisitos para inscribir una comunidad campesina en los registros públicos.

Como ya lo hemos visto supra, la inscripción de una comunidad en el Libro de Comunidades Campesinas y Nativas del Registro de Personas Jurídicas, es un acto que no tiene carácter constitutivo sino declarativo. El Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 038-2013-SUNARP/SN¹³¹, que regula las inscripciones de actos relativos a las personas jurídicas distintas a las sociedades y a las empresas individuales de responsabilidad limitada, en su parte pertinente establece lo siguiente:

Artículo 1º.- Actos inscribibles.

De conformidad con las normas de este Reglamento y la naturaleza que corresponde a cada persona jurídica son actos inscribibles:

- a) El acto constitutivo de la persona jurídica, su estatuto y sus modificaciones:
(...)

Artículo 21º.- Documento que da mérito a la inscripción del acto constitutivo.

¹³¹ Publicado en el suplemento de normas legales del diario El Peruano el 19.02.2013.

La inscripción del acto constitutivo se efectúa en mérito a escritura pública o a los documentos previstos en las normas especiales que regulan a la respectiva persona jurídica¹³².

Artículo 23º.- Inscripción del acto de constitución en mérito a instrumento privado.

Cuando conforme a las normas especiales la inscripción del acto constitutivo se realice en mérito a instrumento privado, éste podrá presentarse en original con firmas certificadas o en copia certificada del acta de constitución suscrita por todos los intervinientes.

Cuando la inscripción se sustenta en instrumento privado con firmas certificadas, bastará que se certifique las firmas de la o las personas designadas en representación de los intervinientes en el acto constitutivo, salvo que exista disposición que exija la certificación de las firmas de la totalidad de los miembros que participan en dicho acto de constitución.

Artículo 24º.- Requisitos para la inscripción del acto de constitución.

Para la inscripción del acto de constitución de una persona jurídica, el título deberá contener:

- a) El nombre completo y documento de identidad de las personas naturales que participan en el acto de constitución y, de ser el caso, de sus representantes.

De tratarse de personas jurídicas, deberá indicarse la partida registral en la que corren inscritas, de ser el caso, y el nombre completo de quien o quienes actúan en su representación.

- b) La voluntad de constitución de la persona jurídica, su nombre y su domicilio en el territorio peruano, debiendo consignarse en este último caso el distrito, la provincia y departamento.

- c) El estatuto que regirá su funcionamiento.

- d) El nombre completo y documento de identidad de las personas naturales integrantes del primer consejo directivo u órgano equivalente.

De tratarse de personas jurídicas, deberá además indicarse la partida

¹³² La Inscripción del acto constitutivo de una comunidad campesina se efectúa en mérito a un documento privado.

registral en la que corren inscritas, de ser el caso y el nombre completo de quien o quienes actúan en su representación.

No será exigible la designación de los integrantes de los otros órganos previstos en el estatuto salvo que entre sus facultades figure la de sustituir al consejo directivo u órgano equivalente en determinadas circunstancias.

- e) El lugar y la fecha del acto constitutivo; y
- f) La inscripción por las personas que participan en el acto de constitución o por sus representantes.

El indicado reglamento aprobado por la SUNARP contiene disposiciones que contribuyen a acelerar y simplificar los trámites y requisitos para la inscripción de las personas jurídicas de naturaleza no societaria. Anteriormente, para la inscripción de las Comunidades Campesinas y Nativas, se exigirán una serie de requisitos, tales como:

- Copia legalizada de la resolución de reconocimiento de la comunidad.
- Copia legalizada del acta de asamblea general donde se acuerda solicitar la inscripción de la comunidad y donde se aprueba el estatuto de la comunidad.
- Copia legalizada de las esquelas de convocatoria a asamblea general con la agenda correspondiente.
- Copia del estatuto de la comunidad.
- Copia legalizada del acta de elección del comité electoral.
- Avisos de convocatoria a la asamblea donde se elige el comité electoral.
- Copia legalizada del acta de escrutinio.
- Copia legalizada del acta de proclamación de la directiva comunal.
- Copia legalizada de las credenciales de los miembros de la directiva comunal.
- Copia legalizada del padrón de comuneros.
- Copia legalizada del padrón electoral.

Esta clase de requerimientos que entorpecían y en algunos casos hasta impedían la inscripción de las comunidades en los registros públicos, lamentablemente encontraron eco en las resoluciones de los tribunales registrales, que por haber sido emitidas en última instancia administrativa, en determinados casos tienen carácter vinculante y constituyen precedentes de observancia obligatoria, mientras no sean modificadas por el mismo tribunal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 158º del Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N° 195-2001-SUNARP/SN¹³³.

4.4. Contenido del asiento de inscripción del acto de constitución de una comunidad campesina como persona jurídica.

De acuerdo con el artículo 25º del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas, el asiento de inscripción del acto de constitución, además de los requisitos previstos en el artículo 20º de dicho reglamento y de acuerdo a la normativa aplicable, según la naturaleza especial de cada forma de persona jurídica deberá contener:

- a) El nombre completo, y, de ser el caso, el nombre abreviado de la persona jurídica.
- b) Su duración
- c) Su domicilio
- d) Sus fines
- e) La fecha de inicio de actividades, la que no podrá ser anterior a la del acto de constitución ni a la de vigencia de estatuto. Si no se señalara fecha del inicio de actividades se entenderá que se inicia con la vigencia del estatuto.
- f) Los órganos previstos en su estatuto, su conformación, funciones y atribuciones, en su caso, su periodo de ejercicio, así como las normas de convocatoria, quórum y mayoría de sus órganos colegiados, tal y como consta en el respectivo título.

¹³³ Véase. Resolución del Tribunal Registral N° 156-2001-ORLC/TR de fecha 6.5.2008 publicada en la página 201878 del diario El Peruano el 25.5.2001.

No sería objeto de observación que no se haya consignado en el estatuto las funciones de cada uno de los cargos conformantes de los órganos colegiados de las personas jurídicas.

- g) El nombre completo y número de documento de identidad de las personas naturales integrantes del consejo directivo u órgano equivalente. De tratarse de personas jurídicas, deberá además indicarse la partida registral en la que corren inscritas, de ser el caso, y el nombre completo de quien o quienes actúan en su representación. Iguales reglas serán de aplicación a los integrantes de los otros órganos que tengan entre sus facultades la de sustituir al consejo directivo u órgano equivalente.
- h) La fecha de inicio y conclusión del periodo de funciones del órgano directivo designado.
- i) La fecha de entrada en vigencia del estatuto.
- j) El otorgamiento de poderes referidos a actos de disposición y gravamen, así como las limitaciones para su ejercicio, siempre que ellos consten en el título y tal como están expresadas en él.

4.5. Efectos de la personalidad jurídica adquirida por la comunidad campesina.

La personalidad jurídica adquirida es de suma importancia para la comunidad campesina, porque le permite tener:

- a) La denominación y el domicilio.-** La comunidad adquiere un nombre propio, señala domicilio institucional, de conformidad con las disposiciones que contiene el estatuto registrado y que es aprobado por la asamblea general¹³⁴.

¹³⁴ El artículo 2028° in fine del Código Civil dispone que no se podrá adoptar un nombre igual al de una persona jurídica en formación que goce del derecho de reserva o esté inscrita en el registro correspondiente. Sin embargo, en el caso de comunidades campesinas, el artículo 5.16.3 de la Directiva N° 10-2003-SUNARP/SN, que regula la inscripción de los actos y derechos de las comunidades campesinas y establece que para inscribir el reconocimiento de la comunidad campesina, no será necesario solicitar la reserva de nombre. En caso que haya una persona jurídica con el mismo nombre de la comunidad campesina, no será impedimento para su inscripción. En este caso, sólo se hará la indicación de la localidad donde se encuentra ubicada la comunidad. Ocurre que por error, en algunas resoluciones supremas de reconocimiento de comunidades campesinas expedidas por el ex Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas, se han consignado denominaciones de comunidades que no corresponden. En estos casos procede la rectificación del nombre, siendo de aplicación el artículo 201° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; esta norma establece que los

- b) Un patrimonio autónomo.-** Según el artículo 78º del Código Civil, la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.
- c) Órganos de gobierno.-** La comunidad campesina está integrada por personas físicas que son las que se encargan de llevar a cabo las actividades propias de la institución. Algunas de estas personas naturales desempeñan cargos para los que son elegidos y se expresan a través de la existencia de órganos de gobierno. En el caso de las comunidades, los órganos de gobierno son: la Asamblea General, la Directiva Comunal y los Comités Especializados por actividad y anexo.
- d) La calidad de sujeto de derecho.-** El artículo 2º de la L.G.C.C. en armonía con el artículo 89º de la Constitución Política del Perú, les confiere a las comunidades campesinas y nativas la condición de sujetos de derecho, con capacidad legal para adquirir derechos y para asumir obligaciones que les son imputables exclusivamente a ellas.

4.6. Actos inscribibles en el registro público.

En el caso de las comunidades campesinas, aplicando por analogía el artículo 2025º del Código Civil, son registrables los siguientes actos:

- 1) Las modificaciones del estatuto.
- 2) El nombramiento, facultades y cesación de los directivos.
- 3) La disolución de la comunidad.

Según el Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas y de acuerdo a la naturaleza que corresponda a cada persona jurídica, son actos inscribibles:

errores materiales en los actos administrativos pueden ser rectificadas por la Autoridad Administrativa en cualquier momento, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión. El nombre de la comunidad campesina afectada, se rectifica mediante resolución suprema suscrita por el Presidente de la República y por el Ministro de Agricultura. Ver al respecto la Resolución Suprema N° 016-2010-AG, publicada en la página 428137 de la separata de normas legales del diario El Peruano del 26.10.2010

- a) El acto constitutivo de la persona jurídica, su estatuto y sus modificaciones;
- b) El reconocimiento de persona jurídica, constituida en el extranjero;
- c) El establecimiento de sucursales y todo acto inscribible vinculado a esta.
- d) El nombramiento de los integrantes de los órganos, de los liquidadores y de los demás representantes y/o apoderados, su aceptación, remoción, suspensión, renuncia, el otorgamiento de poderes, su modificación, revocación, sustitución, delegación y reasunción de estos, así como los demás actos comprendidos en sus regímenes;
- e) La función, escisión, y transformación y otras formas de reorganización de personas jurídicas.
- f) La disolución, los acuerdos de los liquidadores que por su naturaleza sean inscribibles y la extinción;
- g) Las resoluciones judiciales o laudos arbitrales referidos a la validez del acto constitutivo inscrito o a los acuerdos inscribibles de la persona jurídica.
- h) En general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos registrales o cuyo registro prevean las disposiciones legales¹³⁵.

4.7. Comunidad campesina no inscrita.

El Código Civil contiene disposiciones relativas a las asociaciones, a la fundación y el comité no inscritos, pero no dice nada sobre este tema respecto de las comunidades campesinas o comunidades nativas. Esto no significa que no existan o no puedan existir este tipo de organizaciones de facto. Hay familias campesinas que sin tener un origen étnico, cultural común mantienen un régimen de organización, trabajo comunal y uso de la tierra propios de las comunidades campesinas, que se encuentran en posesión pacífica de un territorio determinado, y que inclusive cuentan

¹³⁵ Artículo 2°

con la aprobación de por lo menos los dos tercios de los integrantes de la asamblea general para convertirse en una comunidad, pero que por cualquier motivo no llegan a formalizar su personalidad jurídica¹³⁶.

El artículo 11º del Decreto Supremo N° 37-70-A, autoriza a las comunidades campesinas no reconocidas para que puedan gestionar su reconocimiento o inscripción por medio de un gestor autorizado en asamblea general con poder debidamente legalizado. La comunidad campesina que no obtiene su reconocimiento como tal y que no cumple con el requisito de inscribirse en el Libro de Comunidades Campesinas y Nativas del Registro de Personas Jurídicas de la SUNARP es un ente irregular, y por más que se diga lo contrario, no goza de amparo legal. Cabe recordar que el artículo 77º del Código Civil prescribe que si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros.

4.8. De la fusión de comunidades campesinas.

La Ley General de Comunidades Campesinas no contempla expresamente la posibilidad de que dos o más comunidades campesinas se integren para dar lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica. Todo lo referente a los requisitos para la fusión de comunidades ha sido regulado en el reglamento de la citada ley de comunidades, normado por Decreto Supremo N° 008-91- TR, en los siguientes artículos:

Artículo 10.- Dos o más comunidades campesinas inscritas oficialmente podrán fusionarse constituyendo una nueva comunidad, por acuerdo de la Asamblea General de cada una de ellas, convocadas especialmente para

¹³⁶ La Primera Disposición Especial del Decreto Supremo N° 008-91-TR, Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas, se refiere a aquellas poblaciones campesinas asentadas en las riberas de los ríos de la Amazonía, identificadas como “ribereña mestiza”, “campesina ribereña” o, simplemente “ribereña”, que cuentan con un mínimo de 50 jefes de familia, pueden solicitar inscripción oficial como Comunidad Campesina, cuando:

- a) Están integradas por familias que sin tener un origen étnico y cultural común tradicional, mantienen un régimen de organización, trabajo comunal y uso de la tierra propios de las Comunidades Campesinas.
- b) Cuenten con la aprobación de por lo menos los dos tercios de los integrantes de la Asamblea General; y
- c) Se encuentran en posesión pacífica de su territorio comunal.

el efecto y que cuenten con el voto conforme de por lo menos dos tercios de sus comuneros calificados.

Artículo 11.- Los comuneros calificados de cada una de las comunidades a fusionarse se reunirán en Asamblea General conjunta, para aprobar lo siguiente:

- a) Nombre de la comunidad.
- b) Estatuto de la comunidad.
- c) Padrón de comuneros y,
- d) Integración de los territorios.

Asimismo, elegirán a la nueva Directiva Comunal.

Artículo 12.- El presidente de la Directiva Comunal, presentará ante el órgano competente del Gobierno Regional:

- a) Los siguientes documentos de cada comunidad fusionada:
 - 1. Copia certificada de la resolución de reconocimiento o inscripción.
 - 2. Constancia de inscripción en el Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral correspondiente.
 - 3. Copia del plano de conjunto, actas de colindancia, memoria descriptiva y constancia de inscripción de los mismos en el Registro de la Propiedad Inmueble si la tuviera.
 - 4. Inventarios y Balance, con referencia a la fecha de la Asamblea General en la que se acordó la fusión, si los tuviera.
 - 5. Copia certificada del Acta de la Asamblea General en la que se acordó la fusión.
- b) Copia certificada del Acta de la Asamblea General conjunta.
- c) Plano de Conjunto Unificado y con indicación de colindancia; y
- d) Padrón Comunal Unificado.

4.8.1. Comentario.

La fusión viene a ser la unión de dos o más comunidades campesinas, que produce también una confusión de patrimonios, los cuales pasan a ser propiedad de una nueva comunidad. Los patrimonios fusionados se transfieren a título universal, incluyendo

tanto los activos como los pasivos, previos los inventarios de bienes y el balance respectivo.

La fusión implica necesariamente la extinción de las comunidades fusionadas para dar paso a una nueva comunidad, cuyo nacimiento legal se produce en la fecha en que se inscribe la fusión en los registros públicos. Esta es una modalidad similar a la denominada fusión por constitución que se da en el campo del derecho societario, a través de la cual dos o más sociedades se extinguen (disolver sin liquidarse, según nuestra L.G.S) para constituir una nueva sociedad que deviene en titular de los patrimonios de las otras, pasando las sociedades extinguidas a ser socias de la nueva sociedad¹³⁷.

En este caso no se requiere acordar la disolución y no se liquida la comunidad o comunidades que se extinguen por la fusión. Este tipo de reorganización de comunidades campesinas que es algo poco frecuente, implica también la modificación del estatuto de las comunidades participantes.

4.9. De la constitución como comunidad campesina de otras organizaciones.

Los grupos campesinos, asociaciones de campesinos y otras organizaciones que están constituidas como personas jurídicas, pueden solicitar su inscripción como comunidad campesina. Esto es algo que también está previsto en el RLGCC en los artículos que siguen:

Artículo 13°.- Los Grupos Campesinos , Asociaciones de Campesinos y otras organizaciones constituidas como personas jurídicas, que cuentan con un mínimo de cincuenta asociados, puede solicitar su inscripción como Comunidad Campesina, cuando:

¹³⁷ Artículo 344° inciso 1) de la Ley General de Sociedades.

- a) Están integradas por familias con rasgos sociales y culturales comunes, que mantengan un régimen de posesión y uso de tierras, propios de las Comunidades Campesinas.
- b) Cuenten con el voto conforme de por lo menos dos tercios de sus socios reunidos en Asamblea General; y
- c) Renuncien a sus derechos de propiedad individual.

Artículo 14°.- En los casos a que se refiere el artículo anterior, la totalidad de las tierras de propiedad de la persona jurídica, pasará al dominio de la Comunidad Campesina.

Artículo 15°.- Las personas jurídicas, a que se refiere el Art.13°, acompañarán a su solicitud de inscripción como Comunidad Campesina, copia certificada de los siguientes documentos:

- a) Resolución de reconocimiento y/o constancia de inscripción como persona jurídica.
- b) Plano y memoria descriptiva de los predios de su propiedad.
- c) Título o contrato que acredite el dominio de sus tierras.
- d) Censo de población de sus socios, en formularios que proporcionara el INDEC; y
- e) Inventario valorizado de los activos y pasivos, a la fecha de la Asamblea General que acuerda su reconocimiento como Comunidad Campesina.

Artículo 16°.- El trámite para la inscripción como Comunidad Campesina de estas personas jurídicas, se sujetara al procedimiento establecido en el Capítulo I del presente Título, en lo que fuera aplicable.

Artículo 17°.- La nueva Comunidad Campesina asumirá los activos y pasivos de la persona jurídica que se inscriba como tal y la sustituirá ante el sistema financiero y otros acreedores.

Artículo 18°.- Inscrita la nueva Comunidad Campesina, en los registros correspondientes, la nueva persona jurídica a la que ésta sustituye, otorgará a la Comunidad la escritura pública de la traslación de dominio de las tierras de su propiedad, que constituirán el territorio comunal, en

merito a lo cual se inscribirá en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente.

Artículo 20°.- La Resolución de inscripción de la Comunidad Campesina, será instrumento suficiente para la cancelación, en los registros correspondientes, de la persona jurídica que dio origen a dicha comunidad.

4.9.1. Comentario.

En esta parte el RLGCC registra todo lo concerniente a los requisitos y al procedimiento administrativo que deben observar los grupos campesinos, asociaciones de campesinos y otras organizaciones que tengan la condición de personas jurídicas y que deseen convertirse en comunidades campesinas. Esto con la salvedad de que el trámite para la inscripción de la nueva comunidad campesina en los registros públicos se sujetará al procedimiento establecido en el Capítulo I del Título II de dicho reglamento, referente a la personería jurídica de las comunidades campesinas.

La nueva comunidad campesina asumirá los activos y pasivos de la persona jurídica que se inscriba como tal y la sustituirá ante el sistema financiero y otros acreedores. Esto es muy importante, porque puede ser que existan obligaciones contraídas por los representantes de las organizaciones antes de su conversión u disolución, por lo que tales obligaciones son asumidas por la comunidad recién constituida, garantizando así los derechos de los acreedores.

Inscrita la nueva comunidad campesina en los registros correspondientes, la persona jurídica a la que ésta sustituye, otorgará a la comunidad la escritura pública de traslación de dominio de las tierras de su propiedad, que constituirán el

territorio comunal, en mérito a ello se inscribirá en el Registro de la Propiedad Inmueble. La resolución de inscripción de la comunidad campesina, será instrumento suficiente para la cancelación en los registros de la persona jurídica que dio origen a la comunidad. No tenemos estadísticas que lo confirmen, pero posiblemente por este mecanismo, varios grupos campesinos han logrado convertirse en comunidades campesinas; esto explicaría en parte el notable incremento de estas organizaciones en el territorio nacional, sobre todo en la sierra.

4.10. De los comuneros.

El hecho de que varias personas se asocien o pertenezcan a una comunidad campesina, es un acto voluntario y consubstancial a la naturaleza social del hombre. La asociatividad es algo que existe desde antaño; actualmente se expresa a través de diferentes formas de organización social, algunas de estas formas como las asociaciones, comités, comunidades campesinas y nativas, cooperativas, etc tienen una finalidad no lucrativa; y otras como las sociedades mercantiles y las empresas individuales de responsabilidad limitada, tienen un indiscutible carácter lucrativo.

La Constitución Política en vigencia consagra en su artículo 2° inciso 13) el derecho fundamental de asociación, al establecer que toda persona tiene derecho “a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa”. El Tribunal Constitucional ha precisado que el derecho de asociación es un atributo que puede ser concebido como aquel derecho por el cual toda persona puede integrarse con otras, libremente y de modo permanente, en función de determinados objetivos o finalidades, las mismas que,

aunque pueden ser de diversa orientación, tienen como necesario correlato su conformidad con la ley¹³⁸.

El Alto Colegiado Constitucional, también ha señalado “que el contenido esencial del derecho de asociación está constituido por: a) el derecho de asociarse, entendiendo por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas; b) el derecho de no asociarse, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella; y, c) la facultad de auto organización, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización”¹³⁹.

“Una lectura del derecho de asociación desde la Constitución permite concluir que este derecho fundamental posee un contenido más amplio que el que le asigna el Código Civil. Esto es así, por cuanto, al establecer el inciso 17) del artículo 2° de la norma fundamental que es derecho de toda persona de participar no solo en forma individual, sino también asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación, queda claro que una asociación no puede limitarse a tener un fin económico exclusivamente no lucrativo, toda vez que dentro de un Estado Constitucional y Democrático de derecho, el accionar

¹³⁸ STC Exp. N° 7953-2006-PA/TC, f.j. 3

¹³⁹ STC Exp. N° 4241-2004-AA/TC, f.j.5, Según el Tribunal Constitucional, entre los principios que sustentan el reconocimiento y goce de este derecho se reconoce a los siguientes:

a) El principio de autonomía de la voluntad.

Esta pauta basilar plantea que la noción y pertenencia o no pertenencia a una asociación se sustenta en la determinación personal.

b) El principio de auto organización.

El cual permite encauzar el cumplimiento de los fines y demás actividades derivadas de la constitución y funcionamiento de una asociación de la manera más conveniente a los intereses de las personas adscritas a ella.

En ese sentido, el estatuto de la asociación debe contener los objetivos a alcanzar conjuntamente, los mecanismos de ingreso y egreso, la distribución de cargos y responsabilidades, las medidas de sanción, etc.

c) El Principio de fin altruista.

Enuncia que los objetivos que permitan aunar voluntades en una misma dirección se caracterizan por el desapego a la obtención de ventajas o beneficios económicos. En ese sentido, la finalidad asociativa no puede sustentarse en la expectativa de obtener ganancias, rentas, dividendos o cualquier otra forma de acrecentamiento patrimonial de sus integrantes.

Para tal efecto se acredita la presunción de utilidad en torno al objetivo que nuclea la organización asociativa (STC Exp. N° 1027-2004-AA/TC, f.j. 2).

de este tipo de organizaciones abarca otras manifestaciones de la actividad social del ser humano, que van desde lo político hasta lo cultural”¹⁴⁰.

4.10.1. La condición de comunero calificado y de comunero integrado.

Al interior de las comunidades campesinas predominan las relaciones de parentesco entre los distintos grupos de comuneros. Los lazos de consanguinidad están reforzados por las creencias y los valores comunes, el trabajo y la cooperación orientados a un fin colectivo. La posibilidad que tienen de adherirse a las comunidades las personas extrañas, es la integración, para ello deben cumplir con determinados requisitos y ser admitidos por la asamblea general. La legislación de comunidades campesinas, contempla la existencia de dos clases de comuneros: Los comuneros calificados y los comuneros integrados.

4.10.2. Los comuneros calificados.

La L.G.C.C. establece que para ser comunero calificado se requiere los siguientes requisitos:

- a) Ser comunero mayor de edad o tener capacidad civil,
- b) Tener residencia estable no menor de cinco años en la Comunidad,
- c) No pertenecer a otra Comunidad,
- d) Estar inscrito en el Padrón Comunal, y
- e) Los demás que establezca el Estatuto de la Comunidad¹⁴¹.

4.10.3. Los comuneros integrados.

Se considera comunero integrado:

- a) Al varón o mujer que conforma pareja estable con un miembro de la Comunidad; y,

¹⁴⁰ Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, N° 119, p 83. Véase también al respecto la STC Exp. N° 4938-2006- PA/TC, ff.jj. 16 y 17.

¹⁴¹ Artículo 5°

b) Al varón o mujer, mayor de edad, que solicite ser admitido y sea aceptado por la Comunidad.

En ambos casos, si se trata de un miembro de otra Comunidad, deberá renunciar previamente a ésta¹⁴².

El artículo 23° del RLGCC dispone que los comuneros señalados en los artículos 21° y 22° (se refiere a los comuneros por nacimiento y a los comuneros por integración), adquieren la condición de comunero calificado a solicitud de parte, aceptada por la Asamblea General por mayoría simple de votos de los asistentes. El artículo 6° de la LGCC, establece que todos los comuneros tienen derecho a hacer uso de los bienes y servicios de la Comunidad, en la forma que establezca su Estatuto y los acuerdos de la Asamblea General. Los comuneros calificados tienen además, el derecho a elegir ser elegidos para cargos propios de la comunidad y a participar con voz y voto en las Asambleas Generales.

4.11. El padrón comunal.

Por mandato del artículo 139° del Código Civil, las comunidades campesinas tienen un padrón general actualizado con el nombre, actividad, domicilio y fecha de admisión de cada uno de sus miembros, con indicación de los que ejerzan cargos directivos o de representación. Las comunidades también tienen un catastro, en el que constan los bienes que integran su patrimonio. En el padrón general y en el catastro constan las demás datos que señala la legislación especial.

Por disposición del artículo 24° del RLGCC, el Registro de Comuneros que se venía llevando en la comunidad, además de constituir parte del archivo general de ésta, en adelante se denominará, de acuerdo a ley Padrón Comunal.

¹⁴² Artículo 5°

Contendrá cuando menos la información siguiente: apellidos y nombres, lugar de nacimiento, fecha de nacimiento, estado civil, ocupación, número de hijos, grado de instrucción, sexo, documento nacional de identidad, lugar de residencia, año de ingreso, cargo comunal, firma o huella digital del comunero.

El padrón comunal es un libro o registro que constituye la base para el funcionamiento de la comunidad y para la realización de los actos electorales. Debe ser actualizado cada dos años por ser éste el período de duración del mandato de las directivas comunales. En períodos preelectorales, al interior de las comunidades campesinas funciona una comisión de empadronamiento que se encarga de actualizar el padrón comunal, depurando de sus registros a los fallecidos y a los que han perdido la condición de comuneros. Esta comisión se encarga también de recepcionar las solicitudes de inscripción de nuevos comuneros, acompañada de los documentos que acreditan el cumplimiento de los requisitos establecidos.

4.12. Derechos y obligaciones de los comuneros calificados y no calificados.

Los derechos y obligaciones de los comuneros calificados y de los que no tienen esta condición jurídica, están contemplados en el RLGCC.

4.12.1. Derechos de los comuneros calificados.

- a) Hacer uso de los bienes y servicios de la comunidad en la forma que se establezca el Estatuto y los acuerdos de la Asamblea General.
- b) Elegir y ser elegido para cargos propios de la Comunidad.
- c) Participar con voz y voto en las Asambleas Generales.
- d) Denunciar ante los órganos de gobierno de la Comunidad, cualquier acto cometido en perjuicio de los intereses de ésta.

- e) Solicitar a la Directiva Comunal la convocatoria a Asamblea General Extraordinaria, sujetándose a las disposiciones del presente Reglamento y el Estatuto de la Comunidad.
- f) Tener acceso a los beneficios de la seguridad social que la Comunidad otorgue.
- g) Solicitar y recibir información sobre la marcha administrativa y económica de la comunidad, en la forma que establezca el Estatuto.
- h) Tener acceso a la parcela familiar y al uso de pastos naturales, de acuerdo a disposiciones legales, el Estatuto de la Comunidad y los Acuerdos de la Asamblea General.
- i) Participar en las actividades empresariales que desarrolle la Comunidad, con derecho preferente a ocupar los puestos de trabajo que ella genera.
- j) Formular reclamos ante la Asamblea General contra los actos y decisiones que afectan sus intereses y;
- k) Otros que establezca el Estatuto de la Comunidad¹⁴³.

4.12.2. Obligaciones de los comuneros calificados.

- a) Cumplir con las normas establecidas en la Ley General de Comunidades y el Estatuto de la Comunidad.
- b) Acatar los acuerdos de los órganos de gobierno de la Comunidad, adoptados de conformidad con las disposiciones legales vigentes y el Estatuto de la Comunidad.
- c) Desempeñar los cargos directivos, obligaciones y comisiones que se les encomiende.
- d) Asistir a la Asamblea General y otros actos de la Comunidad, a los que sean convocados.
- e) Trabajar directamente la parcela familiar asignada por la Comunidad, conforme a disposiciones legales, el Estatuto de la Comunidad y los Acuerdos de la Asamblea General.

¹⁴³ Artículo 25°

- f) Participar y aportar su esfuerzo personal al desarrollo integral de la Comunidad.
- g) Contribuir a la formación y desarrollo de las empresas comunales y empresas multicomunales que constituye la Comunidad.
- h) Emitir su voto en las elecciones comunales.
- i) Cumplir con las faenas y demás trabajos establecidos por los usos y costumbres de la comunidad.
- j) Conservar y mejorar el patrimonio de la comunidad.
- k) Velar por el prestigio de la organización comunal.
- l) Abonar oportunamente las contribuciones económicas acordadas por la Asamblea General o la Directiva Comunal.
- m) Respetar los usos y costumbres establecidos en la Comunidad; y
- n) Otros que considere el Estatuto de la Comunidad¹⁴⁴.

4.12.3. Derechos de los comuneros no calificados que residen en la comunidad.

Son los siguientes:

- a) Tener acceso a la condición de calificado, en la forma que establece el presente Reglamento y el Estatuto de la Comunidad.
- b) Hacer uso de los bienes y servicios, en las condiciones que establezca el Estatuto y los Acuerdos de la Asamblea General.
- c) Participar en las Asambleas de la Comunidad, con voz pero sin voto; y,
- d) Otras que les otorguen en el Estatuto de la Comunidad¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Artículo 28°

¹⁴⁵ Artículo 26°

4.12.4. Obligaciones de los comuneros que no tengan la condición de comunero calificado.

- a) Las señaladas en los incisos a), b), f), j), k), l), ll) del Artículo 28° del Reglamento.
- b) Abonar a la Comunidad la retribución que les corresponda por el uso de los bienes y servicios comunales, cumplir con las formas, cargos, obligaciones y demás trabajos establecidos por los usos y costumbres de la comunidad; y
- c) Otros que establezca el Estatuto de la Comunidad y los acuerdos de la Asamblea General¹⁴⁶.

Anótese que los comuneros que no tengan la condición de calificados no podrán elegir ni ser elegidos como autoridades de la Comunidad¹⁴⁷.

4.13. Estímulos, sanciones y pérdida de la condición de comunero calificado.

4.13.1. El estímulo.

Es un derecho que les asiste a los comuneros que destacan por sus acciones relevantes a favor de la comunidad, el de ser estimulados con menciones, distinciones, premios, etc. Pero, así como pueden ser objeto de reconocimiento público, los comuneros también pueden hacerse merecedores de sanciones por infracciones cometidas en perjuicio de su comunidad.

4.14. Pérdida de la condición de comunero calificado.

El RLGCC legisla en forma puntual sobre las sanciones a las que se hacen acreedores los comuneros por faltas cometidas en perjuicio de la Comunidad, por infringir las disposiciones de la ley, del Reglamento, las del Estatuto de la Comunidad y los acuerdos de la Asamblea General¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Artículo 29°

¹⁴⁷ Artículo 30°

¹⁴⁸ Artículo 32°

Las sanciones aplicables a los comuneros, según la gravedad de la falta cometida, son las siguientes:

- a) Amonestación verbal.
- b) Amonestación escrita.
- c) Multa
- d) Suspensión de algunos de sus derechos.
- e) Revocación de cargo o mandato.
- f) Inhabilitación para ejercer cargos directivos, por el tiempo que establezca el Estatuto.
- g) Pérdida de la condición de comunero calificado; y,
- h) Otros que establezca el Estatuto de la comunidad de acuerdo a sus usos y costumbres¹⁴⁹.

Las sanciones de amonestación y multa serán impuestas por la Directiva Comunal y las demás por Acuerdo de la Asamblea General, previa citación del infractor para su correspondiente defensa¹⁵⁰. En las comunidades campesinas, la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora corre a cargo de la directiva comunal, siempre que se trate de las sanciones menores de amonestación y multa; las sanciones de mayor gravedad previstas en el reglamento y en el estatuto de la comunidad, serán impuestas por acuerdo de la asamblea general, previa citación del infractor para su correspondiente defensa.

La apertura del procedimiento administrativo sancionador, no puede ser hecha *“in audita pars”*, pues, siempre será necesario notificar al interesado para que formule los descargos que estime pertinente. En todos los casos que ameriten una sanción, los órganos de gobierno de la comunidad impondrán las sanciones respetando las garantías del debido proceso. El estatuto de la comunidad fija las normas que son aplicables al procedimiento administrativo sancionador, con los elementos

¹⁴⁹ Artículo 33°

¹⁵⁰ Artículo 35°

indispensables que debe tener para garantizar el derecho de defensa del infractor.

El Tribunal Constitucional peruano, ha fijado como criterios generales, a título enunciativo, para el caso de exclusión de asociados, los siguientes:

“[...] las garantías del debido proceso y los derechos que lo conforman [...] resultan aplicables al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica, máxime si se ha contemplado la posibilidad de imponer una sanción tan grave como la expulsión [...]”¹⁵¹.

“Se debe garantizar el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, previsto por el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución”¹⁵².

“Sólo se puede excluir a un asociado por causales establecidas en el estatuto”¹⁵³.

“Los hechos imputados a los asociados como causales de exclusión deben ser acreditados por la asociación”¹⁵⁴.

“El derecho de defensa debe ser garantizado, de modo que, en caso de imputarse alguna falta, ésta y su sustento probatorio deberán ser comunicados oportunamente y por escrito al supuesto autor, a efectos de que ejerza cabalmente su derecho de defensa. Asimismo, se le deberá otorgar un plazo prudencial para formular su descargo”¹⁵⁵.

¹⁵¹ STC. Exp. N° 1414-2003-AA/TC.

¹⁵² STC. Exp. N° 484-2000-AA/TC.

¹⁵³ STC. Exp. N° 1414-2003-AA/TC.

¹⁵⁴ STC. Exp. N° 1414-2003-AA/TC.

¹⁵⁵ STC. Exp. N° 083-2000-AA/TC, STC Exp. N° 1612-2003-AA/TC.

“No se podrá sancionar a un asociado dos veces por los mismos hechos. En tal sentido si se le suspende no se le podrá excluir posteriormente por la misma causa”¹⁵⁶.

El Tribunal considera que la exclusión que no cumpla con estos requisitos será considerada como arbitraria y violatoria de los derechos constitucionales a un debido proceso y de defensa¹⁵⁷. El Alto Colegiado Constitucional, en reiteradas sentencias ha declarado fundadas demandas de amparo interpuestas por haberse lesionado el contenido del derecho constitucional de asociación en la relación *inter privados*¹⁵⁸.

El Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta por doña María Concepción Díaz Hernández contra el presidente de la directiva de la Comunidad Campesina San Martín de Reque, al considerar *“que en los documentos de obran en autos no aparece resolución o acta que demuestre la sanción de pérdida de la condición de comunera activa, sino sólo que la recurrente ha perdido tal condición al no haber sido reempadronada por más de dos años”¹⁵⁹.*

4.15. Del régimen administrativo.

4.15.1. Órganos de gobierno de la comunidad.

De acuerdo con el artículo 16° de la LGCC, son órganos de gobierno de la comunidad campesina:

- a) La Asamblea General;
- b) La Directiva Comunal; y
- c) Los Comités Especializados por actividad y anexo.

Esto quiere decir que estas entidades se organizan jurídicamente sobre la base de dos instancias administrativas: La directiva comunal que constituye la primera instancia y es además

¹⁵⁶ STC. Exp. N° 083-2000-AA/TC.

¹⁵⁷ Cfr. STC Exp. N° 1027-2004-AA/TC

¹⁵⁸ STC. Exp. N° 03843-2008-PA/TC, STC Exp. N° 00429-2007-PA/TC, STC Exp. N° 06079-2009-PA/TC.

¹⁵⁹ STC Exp. N° 5003-PA/TC.

el órgano ejecutivo y la asamblea general que es el órgano supremo de la comunidad y funciona como segunda y última instancia administrativa. Nosotros consideramos que los comités especializados por actividad y anexo, por ser órganos consultivos, de asesoramiento, de ejecución o apoyo, no ejercen funciones de gobierno comunal.

Aunque, tanto en la LGCC, como en su reglamento, a la comunidad campesina se le atribuyen funciones de gobierno y de administración, la comunidad es esencialmente administrativa. Gobernar en sentido estricto, implica tener poder político y decidir sobre aspectos de carácter económico y social que afectan la vida de un país, de una región o de una localidad. Los órganos de gobierno comunal, si bien ejercen funciones ejecutivas, normativas y de fiscalización, sus decisiones o acuerdos sólo obligan a todos los residentes en la comunidad.

El organigrama adoptado en la LGCC se aparta del anterior esquema inspirado en la empresa de tipo cooperativo que fue incorporado por el Estatuto Especial de Comunidades Campesinas, normado por Decreto Supremo N° 37-70-A. Allí se estableció la conformación de la asamblea general, el consejo de administración y el consejo de vigilancia como órganos administrativos de las comunidades. Esa estructura resultó poco funcional y no fue vista con agrado por los comuneros y sus representantes. Además, las comunidades tienen una tradición y fines distintos a los de las cooperativas, por lo que no se puede homologar a unas con otras.

4.15.1.1. La asamblea general.

La asamblea general de la comunidad campesina, es un órgano deliberante ejerce funciones normativas y

fiscalizadoras. El artículo 17º de la LGCC, define a la Asamblea General como el Órgano Supremo de la Comunidad. Sus directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio, de acuerdo a los procedimientos, requisitos y condiciones que establece el estatuto de cada comunidad. Por su parte, el artículo 38º del RLGCC, precisa que las funciones de la asamblea son normativas y fiscalizadoras, y que sus acuerdos obligan a todos los residentes en la comunidad, siempre que hubieran sido tomados de conformidad con la Ley N° 24656, el presente reglamento y el estatuto de la comunidad.

En palabras de Matos Mar “La asamblea comunal, el antiguo *Camachicoc* es la máxima instancia de autoridad y eje de la vida comunitaria. Su potestad no solamente alcanza el dominio económico de los recursos comunales sino a todas las manifestaciones sociales. Es el centro de poder de la comunidad”¹⁶⁰. Según el artículo 18º de la LGCC, son atribuciones de la asamblea general:

- a) Aprobar, reformar e interpretar el Estatuto de la Comunidad.
- b) Elegir y remover por causales previstas como falta grave en el Estatuto de la Comunidad, a los miembros de la Directiva Comunal y de los Comités Especializados con representación proporcional de las minorías, y a los delegados de la Comunidad ante la Asamblea Regional que le corresponda, con representación minoritaria.

¹⁶⁰ MATOS MAR, José “Comunidades indígenas del área andina”, en Hacienda, comunidad y campesinado en el Perú. IEP, Perú Problema N° 3 Lima, 1976, op. cit, p. 195.

- c) Solicitar la adjudicación de tierras conforme a la legislación vigente sobre la materia, así como autorizar las adquisiciones de tierras a título oneroso y las transacciones y conciliaciones sobre tierras que pretenda la comunidad;
- d) Declarar la extinción de la posesión de las parcelas familiares conducidas por los comuneros en los casos que señala el artículo 14º de la presente ley.
- e) Aprobar el Presupuesto Anual de la Comunidad y el Balance General del Ejercicio que someta a su consideración la Directiva Comunal, con el informe de un Comité Especializado;
- f) Acordar la constitución de Empresas Comunales;
- g) Acordar la participación de la Comunidad como socia de Empresas Multicomunales y de otras empresas del Sector Público y/o asociativo, así como el retiro de la Comunidad de estas empresas.
- h) Autorizar las solicitudes de créditos y la celebración de contratos de endeudamiento con la banca y entidades financieras nacionales y extranjeras;
- i) Aprobar las solicitudes de integración de nuevos comuneros a la Comunidad, con el voto favorable de los dos tercios de los miembros calificados.
- j) Ejercer las demás atribuciones de su competencia, previstas en la presente ley, en el Estatuto de la Comunidad, así como las facultades que expresamente le confieren otras normas legales;
- k) Constituir, cuando lo considere necesario, Rondas Campesinas, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 24571;
- l) Elegir al Comité Electoral;
- m) Elegir al Agente Municipal;

- n) Proponer candidatos a la autoridad competente para los nombramientos de Jueces de Paz no Letrados, Gobernador y Teniente Gobernador, en su jurisdicción.

4.15.1.2. Otras atribuciones.

El artículo 47º del RLGCC, señala que son atribuciones de la Asamblea General, además de las establecidas en el artículo 18º de la LGCC las siguientes:

- a) Autorizar al Presidente de la Directiva Comunal que solicite la adjudicación de tierras a título oneroso, las transacciones y conciliaciones sobre tierras que pretenda la Comunidad, así como el deslinde y titulación del territorio comunal;
- b) Fijar la extensión máxima de las parcelas familiares que deben ser trabajadas directamente por cada comunero calificado jefe de familia, así como, determinar la cantidad máxima de ganado de su propiedad que pueda pastar en tierras de pastos naturales de la Comunidad;
- c) Autorizar al Presidente de la Directiva Comunal para que suscriba actas de colindancia del territorio comunal;
- d) Aprobar las conciliaciones a que se llegue en caso de controversia en el procedimiento de deslinde y titulación del territorio comunal;
- e) Aprobar el sometimiento de la controversia a la decisión de arbitraje a que se refiere el artículo 13º de la Ley N° 24657;
- f) Determinar el régimen de uso de sus tierras en forma comunal, familiar o mixta;

- g) Elegir de acuerdo a sus usos y costumbres a los comuneros que desempeñarán los cargos y obligaciones de cumplimiento tradicional en la Comunidad.
- h) Aprobar el presupuesto anual de la Comunidad y el balance del ejercicio económico, que someta a su consideración la Directiva Comunal, con el informe de un Comité Especializado;
- i) Aprobar y modificar el Reglamento de Elecciones Comunales y otros reglamentos internos que requiera la Comunidad;
- j) Pronunciarse sobre los acuerdos que proponga la Directiva Comunal para su ratificación;
- k) Fijar las contribuciones económicas que los comuneros deben abonar a la Comunidad, así como el monto de las multas y compensaciones por concepto de uso de pastos, bienes y servicios de la Comunidad;
- l) Autorizar la aplicación de los recursos financieros que la Comunidad reciba de entidades públicas y privadas, nacionales, extranjeras o internacionales;
- m) Ejercer las demás atribuciones de su competencia previstas en la Ley General de Comunidades Campesinas, el presente Reglamento, el Estatuto de la Comunidad, así como las que expresamente le confieren otras normas legales; y
- n) Ejercer cualquier otra atribución que no fuera expresamente conferida a otros órganos de la Comunidad.

4.15.1.3. La asamblea general de delegados.

El artículo 39º *in fine* del RLGCC establece que en circunstancias especiales, como la existencia de anexos, volumen poblacional y extensión territorial, el estatuto de la comunidad puede determinar que se constituya la Asamblea General de Delegados, cuyas atribuciones se establecerá en el Estatuto de la Comunidad. El artículo 40º del citado reglamento establece que la Asamblea General de Delegados estará conformada por:

- a) Delegados elegidos por los comuneros calificados en un número mínimo de un (01) delegado por cada cincuenta (50) comuneros calificados.
- b) Los miembros de la Directiva Comunal.
- c) Los presidentes de las Juntas de Administración local, y
- d) Los presidentes de Comités Especializados.

De otro lado, el referido reglamento en su artículo 91º dispone que los delegados ante la Asamblea General de Delegados, donde ésta se constituye, serán elegidos por un período de mandato de dos años, conforme a las normas que establezca el Estatuto de la Comunidad.

4.15.1.4. Clases de asambleas.

Mientras que por su composición, como hemos visto, las asambleas de las comunidades campesinas, pueden ser de dos clases: la Asamblea General de Comuneros y la Asamblea General de delegados; por la forma de su convocatoria las asambleas de las comunidades son ordinarias o extraordinarias. El artículo 41º del RLGCC, establece que las ordinarias tendrán lugar las veces que

señale el Estatuto de la Comunidad, serán por lo menos (4) veces al año, en ellas podrá tratarse cualquier asunto. Las extraordinarias se realizan cuando lo acuerde la Directiva Comunal o lo solicite la quinta parte de los comuneros calificados, en ellas solo podrá tratarse los asuntos que sean objeto de la convocatoria.

4.15.1.5. Convocatoria a la asamblea general.

La Asamblea General será convocada por el presidente de la Directiva Comunal y, en ausencia o impedimento de este corresponde al vicepresidente hacer la convocatoria. El artículo 43º del RLGCC, dispone que en caso de que el presidente se negara a convocar a Asamblea General o no lo hubiera hecho en los plazos establecidos en el Estatuto, el Juez de Paz del domicilio de la Comunidad, a solicitud de la quinta parte de los comuneros calificados, ordenará la convocatoria.

De la solicitud se corre traslado a la Directiva Comunal por el plazo de tres días, con la contestación o en rebeldía resuelve el Juez. El Juez, si ampara la solicitud, ordena que se haga la convocatoria, de acuerdo al Estatuto, señalando el lugar, día y hora de la reunión, u objeto y quien la presidirá. En este caso, la Asamblea adoptará acuerdos válidos con la concurrencia de por lo menos la quinta parte de los comuneros calificados.

4.15.1.6. Partes de una asamblea.

Una asamblea consta de las siguientes secciones.

- Comprobación del quórum.

- Apertura de la asamblea.
- Lectura del acta anterior.
- Informes.
- Pedidos
- Orden del día.
- Levantamiento de la asamblea.

4.15.1.7. Del quórum de la asamblea.

La asamblea general ordinaria o extraordinaria de una comunidad campesina, para sesionar válidamente, requiere en primera convocatoria, de la concurrencia de cuando menos la mitad más uno de los comuneros calificados, y en segunda convocatoria con el número de comuneros calificados que establezca el estatuto de la comunidad.

La comprobación del quórum la realiza el secretario que lleva el padrón de comuneros. En caso de no haber el quórum previsto en el estatuto, se hará una nueva citación, debiendo realizarse la asamblea con la cantidad de comuneros o de delegados que asistan, dependiendo del tipo de convocatoria que se realice.

4.15.1.8. Apertura de la asamblea.

La apertura de la Asamblea General corresponde al presidente de la directiva comunal, y lo efectúa una vez que se ha comprobado la asistencia reglamentaria.

4.15.1.9. Lectura del acta anterior.

La lectura del acta de la anterior asamblea corresponde al secretario de la directiva comunal. Al final de la lectura del acta, el presidente pedirá a los

asistentes que hagan sus observaciones, debiendo estas ser anotadas al final del acta.

4.15.1.10. Informes.

La sección informes comprende la lectura de la correspondencia recibida y enviada, así como los informes propiamente dichos. La lectura de la correspondencia está a cargo del secretario de la directiva comunal.

Los informes que se presentan deberán estar relacionados con la marcha de la comunidad, pueden ser alcanzados por:

- El presidente de la directiva comunal.
- Los miembros de la directiva comunal.
- Los comités especializados
- Los comuneros o delegados.

Los informes si son de importancia pasarán a la sección orden del día, a pedido de la directiva o de cualquier asambleísta.

4.15.1.11. Pedidos.

En esta sección se pueden formular pedidos sobre algunos aspectos que no han sido considerados en la agenda. Los pedidos los puede hacer cualquier comunero o delegado, fundamentándolos debidamente, para que luego sean tratados en la orden del día.

4.15.1.12. Orden del día.

Esta sección se desarrolla de acuerdo a la agenda aprobada, más los pedidos que han formulado los

asistentes a la asamblea. Es importante que el presidente conduzca la asamblea respetando el orden correlativo de los temas de la agenda aprobada.

Cada punto de la agenda será fundamentado por los integrantes de la directiva comunal y los respectivos pedidos por sus autores y luego se procederá a la votación; solo cuando se ha concluido con la votación se pasará a tratar el siguiente punto de la agenda. En las asambleas generales ordinaria y extraordinaria no se admiten los votos por poder.

4.15.1.13. Acuerdos.

Los acuerdos se adoptan por votación y pueden aprobarse de la siguiente manera:

a) Por mayoría simple.- Conforme se indica en el artículo 46º del RLGCC, los acuerdos de la Asamblea General se tomarán por mayoría simple de votos, a excepción de los casos establecidos en la ley, el presente Reglamento y el Estatuto de la Comunidad.

b) Por mayoría calificada.- La LGCC exige mayoría calificada en los siguientes casos:

- 1) Para enajenar las tierras de las comunidades campesinas, se requiere previo acuerdo por lo menos dos tercios de los miembros calificados de la Comunidad, reunidos en Asamblea General convocada expresamente y únicamente con tal finalidad¹⁶¹.

¹⁶¹ Artículo 7º

- 2) La extinción de la posesión familiar podrá ser declarada con el voto favorable de los dos tercios de los miembros calificados de la Asamblea General de la Comunidad, la que tomará posesión de la parcela¹⁶².
- 3) Asimismo, el RLGCC establece que para la inscripción de la personería jurídica de la Comunidad Campesina, se debe contar con la aprobación de por lo menos los dos tercios de los integrantes de la Asamblea General¹⁶³.

4.15.1.14. Otros casos que requieren quórum calificado para su aprobación.

La Ley de Titulación de las Tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa N° 26845, contempla dos supuestos en que se necesita quórum calificado, estos son:

- 1) En el caso de las solicitudes presentadas por los comuneros poseedores por más de un año, para que se les adjudique a título de propiedad las tierras que conducen, requieren para ser aprobadas el voto favorable de no menos del cincuenta por ciento (50%) de los comuneros poseedores por más de un año, asistentes a la Asamblea.

Este acuerdo puede realizarse entre comuneros poseedores, ubicados en el mismo anexo o sector, cuyos alcances serán definidos en el Reglamento¹⁶⁴.

- 2) Cuando se trata de la propiedad de tierras de las comunidades campesinas de la costa, que ocupan

¹⁶² Artículo 14°

¹⁶³ Artículo 3°, inc. b)

¹⁶⁴ Artículo 6°

terceros poseedores por un periodo no menor de dos años sin relación contractual, se requiere el voto favorable de no menos del treinta por ciento (30%) de los comuneros calificados asistentes a la Asamblea General sea en primera o segunda convocatoria¹⁶⁵.

4.15.1.15. Clases de votación.

Para adoptar acuerdos en asamblea general, existen dos clases de votación: directa y secreta.

4.15.1.16. Votación directa.

La votación directa la realiza el comunero asambleísta levantando la mano. Para llevar a cabo este tipo de votación, el director de debates someterá a votación las diferentes propuestas sobre el tema debatido.

- Primero se votará la moción de la mesa o del ponente que hizo el pedido.
- Se votará las mociones diferentes a las de la mesa y los agregados si los hubiere.

Cuando existe consenso para aprobar una propuesta no será necesario efectuar la votación. Bastará en este caso que el director de debates declare que no habiendo oposición sobre la propuesta, la moción se dará por aprobada. En este caso la aprobación es por unanimidad.

¹⁶⁵ Artículo 7º

4.15.1.17. Votación secreta.

Este tipo de votación se realiza por medio de cédulas. El voto secreto se utiliza cuando el asunto tiene mucha importancia y puede hacer peligrar el orden de la asamblea por la marcada división de opiniones. La votación secreta se concede a solicitud de cualquier comunero, o por decisión de la mesa.

4.15.1.18. Levantamiento de la asamblea.

El levantamiento de la asamblea corre a cargo del director de debates, una vez que se ha dado por agotada la agenda o cuando la hora es muy avanzada. Si la asamblea ha sido suspendida, el director de debates señalará la fecha, hora y lugar de la continuación de la asamblea.

4.15.1.19. El acta de la asamblea general.

La comunidad campesina obligatoriamente debe contar con un libro de actas de asambleas generales y un libro de actas para las sesiones de la directiva comunal. Las actas deben observar los siguientes requisitos:

- 1) Lugar, fecha, hora y clase de asamblea o reunión.
- 2) Nombre de la persona que dirige la reunión.
- 3) Número de comuneros asistentes.
- 4) Un resumen de las exposiciones efectuadas, a favor o en contra de los acuerdos adoptados.
- 5) Cantidad de votos registrados a favor o en contra de cada acuerdo.
- 6) Acuerdos o conclusiones a que ha llegado la reunión.
- 7) Comités especializados que se constituyen.

- 8) Lugar, hora y fecha de la próxima reunión (en caso se hubiera suspendido el acto).
- 9) Hora de finalización de la asamblea.
- 10) Firma del presidente y del secretario de la directiva comunal y de todos los asistentes a la asamblea.

4.16. Inscripción de acuerdos.

Como ya lo hemos indicado anteriormente, son inscribibles en los registros públicos los acuerdos de la asamblea general referente a las modificaciones del estatuto de la comunidad, aquel que dispone la remoción de los integrantes de la directiva comunal, la disolución de la comunidad, etc. Los registradores son muy minuciosos en cuanto a la verificación de los requisitos que deben reunir las asambleas generales de las comunidades, antes de proceder a registrar los acuerdos adoptados en dichas asambleas¹⁶⁶.

4.16.1. Impugnación de acuerdos.

Los acuerdos adoptados por la Asamblea General obligan a todos los residentes en la comunidad, siempre que hubieran sido tomados de conformidad con la Ley N° 24656, su reglamento y, el estatuto de la comunidad, así lo establece el artículo 38° del RLGCC, *contrario sensu*, cuando un acuerdo esté reñido con las disposiciones contenidas en la ley, el reglamento o el estatuto, o lesionen los derechos de uno o varios integrantes de la comunidad, puede ser impugnado ante la autoridad judicial competente.

Para el caso de las asociaciones, el artículo 92° del Código Civil, establece que todo asociado tiene derecho a impugnar

¹⁶⁶ De acuerdo a la Directiva N° 10-2013, SUNARP/SN “Directiva que regula la inscripción de los actos y derechos de las Comunidades Campesinas”, para la inscripción del estatuto y sus modificaciones, deberá presentarse copia certificada del acta de asamblea general que contenga tales acuerdos, en el que se indicará el número del artículo que se modifica, incorpora o deroga y, en su caso, el nuevo tenor del artículo, conforme a la modificación estatutaria acordada. Asimismo, para acreditar la validez del acta de asamblea, deberá adjuntarse constancias de convocatoria y quórum.

judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias. Las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Pueden ser interpuestas por los asistentes si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo por los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto. Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha que la inscripción tuvo lugar. Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa para defender la validez del acuerdo. La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado¹⁶⁷.

A falta de regulación expresa en el derecho de las comunidades campesinas, el mencionado artículo 92° del Código Civil resulta aplicable por analogía para impugnar judicialmente

¹⁶⁷ La Corte Suprema de Justicia de la República, en la Sentencia del V Pleno Casatorio, Casación N° 3199-2012 – Lima Norte, ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:

- “1. La impugnación de todo acuerdo emitido por una Asociación Civil, persona jurídica no lucrativa, se fundamenta de manera obligatoria e insoslayable en base a lo dispuesto por el artículo 92° del Código Civil, conforme a los métodos sistemático y teleológico que permitan observar adecuadamente el principio de especialidad de la norma.
2. El procedimiento predeterminado por ley para la tramitación de la pretensión de impugnación de acuerdos de Asociación Civil, regulado en el artículo 92° del Código Civil de 1984 es en la vía abreviada y de competencia de un Juez Civil.
3. Se encuentran legitimados para impugnar el acuerdo asociativo, tal como señala el artículo 92° del Código Civil, el Asociado que asistió a la toma del acuerdo si dejó constancia de su oposición en el acta respectiva, los Asociados no concurrentes, los Asociados que fueron privados ilegítimamente de emitir su voto, así como el Asociado expulsado por el acuerdo impugnado.
4. Los legitimados antes precisados no pueden interponer indistintamente pretensiones que cuestionen los acuerdos asociativos, sustentados en el Libro II del Código Civil y otras normas, fuera del plazo previsto en el artículo 92° del citado cuerpo normativo; solo y únicamente pueden impugnar los acuerdos de la Asociación Civil en base al citado artículo 92° que regula la pretensión de impugnación de acuerdo de asociación.
5. Toda pretensión impugnatoria de acuerdo de Asociación Civil debe realizarse dentro de los plazos de caducidad regulados en el artículo 92° del Código Civil, esto es:
 - 5.1 Hasta 60 días a partir de la fecha del acuerdo.
 - 5.2 Hasta 30 días a partir de la fecha de inscripción del acuerdo.
6. El Juez que califica una demanda de impugnación de acuerdos asociativos, fundamentados en el Libro II del Código Civil u otra norma que pretenda cuestionar la validez del acuerdo, puede adecuar ésta, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, siempre y cuando, conforme al petitorio y fundamentos de hecho, se cumplan los requisitos previstos en el artículo 92° del Código Civil; sin embargo si los plazos previstos en la norma acotada se encuentran vencidos ello no podrá realizarse de ninguna manera, dado que se ha incurrido en manifiesta falta de interés para obrar de la parte demandante, conforme a lo previsto en el numeral 02 del artículo 427° del Código Procesal Civil, al interponer la demanda fuera del plazo establecido en la normativa vigente, lo cual es insubsanable, correspondiendo la declaración de la improcedencia de la demanda incoada”.

los acuerdos adoptados por la asamblea general de las comunidades, al ser éstas al igual que las asociaciones personas jurídicas no lucrativas¹⁶⁸. Serán nulos los acuerdos si han sido tomados en violación de normas de carácter imperativo o cuando adolezcan de las causales de nulidad del acto jurídico, previstas en el artículo 219º de dicho cuerpo de leyes. Serán anulables los acuerdos si adolecen de defectos de forma en la convocatoria, falta de quórum, etc.

4.17. De la directiva comunal.

Régimen legal.

La directiva comunal cumple funciones ejecutivas y de representación frente a terceros. Es la encargada de la marcha económica y administrativa de la comunidad, ejecuta los acuerdos de la asamblea general. De conformidad con el RLGCC¹⁶⁹, la Directiva Comunal es el órgano responsable del gobierno y administración de la comunidad. Está constituida por un mínimo de seis directivos con los siguientes cargos:

- Presidente.
- Vicepresidente.
- Secretario.
- Tesorero.
- Fiscal.
- Vocal.

¹⁶⁸ El referido Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia de la República, también ha establecido: “55. Con relación a la persona jurídica no lucrativa” (...) el carácter lucrativo o no de una persona jurídica está definido en el relación entre los integrantes y la persona jurídica. Los miembros de una persona jurídica lucrativa buscan el desarrollo de la actividad de la misma, la generación de un excedente con el propósito de dividirse entre sí las utilidades (...) en cambio, en las personas jurídicas no lucrativas, la actividad que éstas desarrollan no descarta la generación de excedente (p. ej. un bingo o espectáculo organizado por un club). Lo que ocurre es que dichos excedentes no pueden estar destinados a la división y reparto de los mismos entre quienes integran la persona jurídica (en nuestro ejemplo, entre los socios del club) (...) debe diferenciarse la realización de actividades económicas por la persona jurídica de la búsqueda de un fin lucrativo. Que una persona jurídica sea o no lucrativa no depende de la actividad que realice, sino de la manera cómo sus integrantes se relacionan con ella; es decir, si estos buscan o no en la realización de dichas actividades un beneficio propio mediante el reparto de utilidades (...)”

¹⁶⁹ Artículo 48º

El Estatuto de la Comunidad podrá establecer un mayor número de miembros hasta un máximo de nueve.

4.17.1. Inscripción del nombramiento de los integrantes de los órganos y representantes de la comunidad.

La elección de los directivos y delegados de las comunidades campesinas, así como la renovación de sus mandatos, solo surtirá efectos respecto de terceros, después que las actas en las que consten tales actos jurídicos sean inscritos en el Libro de Comunidades Campesinas y Nativas de la respectiva Zona Registral, para tal efecto es necesario presentar la copia certificada de las actas por Notario o por Juez de Paz.

El artículo 41º del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas, dispone que para la inscripción del nombramiento de los integrantes de los órganos y de representantes no se requerirá acreditar la aceptación del cargo o del poder. Asimismo, el artículo 44º del indicado reglamento establece que para la calificación del nombramiento de los integrantes de los órganos, se tendrá en cuenta lo siguiente:

- a) Cuando la convocatoria consigne como tema de agenda la elección de un órgano que conforme a las disposiciones legales o estatutarias requiera la previa elección del comité electoral, ésta última se entenderá comprendida en la agenda:
(...)
- b) En el acta en la que consta la elección debe indicarse el nombre completo y el documento de identidad de las personas naturales elegidas. De tratarse de personas jurídicas deberá indicarse la partida registral en la que corren inscritas, de ser el caso, y quien o quienes actúan en su representación;

- c) El período de funciones se iniciará el día de la elección; salvo disposición distinta del estatuto o de la asamblea eleccionaria. El inicio del período de funciones no podrá ser anterior a la fecha de la elección;
- d) Cuando conforme a las disposiciones legales o estatutarias la distribución de cargos entre los integrantes del órgano elegido corresponda realizarse al interior del mismo, dicha distribución se acredita, alternativamente, con el acta de asamblea general eleccionaria o el acta del órgano elegido;
- e) La falta de elección de algunos de los integrantes del órgano no impedirá su inscripción, siempre que se elija al número suficiente de integrantes que le permita sesionar y entre éstos se encuentre el integrante con atribución de convocatoria;
- f) Cuando la asamblea haya sido convocada judicialmente, no será exigible la previa elección del comité electoral.
- g) La prohibición de reelección se entenderá referida sólo a la reelección inmediata de los integrantes titulares del órgano aunque fuere en distinto cargo, salvo disposición distinta de la ley o del estatuto.

No se considerará reelección inmediata cuando un miembro que ejerce el cargo por un período menor al estatutario para cubrir la vacancia producida, es elegido para el período inmediato siguiente.

4.17.2. Requisitos para ser integrante de la directiva comunal.

De los requisitos que se necesitan para ser integrante de la directiva comunal, así como de los impedimentos que existen para que los comuneros puedan acceder a los cargos dirigenciales de su comunidad, nos ocuparemos al momento de tocar el tema de las elecciones comunales.

4.17.3. La reelección de los integrantes de la directiva comunal.

El artículo 20° in fine de la LGCC, establece que los miembros de la Directiva Comunal, serán elegidos por un período máximo de dos años y pueden ser reelegidos por un período igual. Al respecto cabe recordar aquí que el tercer precedente de observancia obligatoria adoptado en el Duodécimo Pleno del Tribunal Registral de la SUNARP, realizado los días 4 y 5 de agosto del 2005 dispuso lo siguiente:

Interpretación del último párrafo del artículo 20° de la Ley N° 24656, Ley de Comunidades Campesinas.

“Es inscribible la reelección de un comunero para un segundo mandato consecutivo, independientemente del cargo que vaya a ejercer; pero es inadmisibile que sea reelegido para un tercer mandato consecutivo, en el mismo o en distinto cargo, debiendo aguardar por lo menos hasta la cuarta elección para poder participar y ser nuevamente elegido”.

Posteriormente, el precedente de observancia obligatoria aprobado en el Sexagésimo Noveno Pleno del Tribunal Registral de la SUNARP en sesión ordinaria realizada el día 17 de diciembre de 2010, cuya publicación fue dispuesta por Resolución N° 003-2011- SUNARP/PT¹⁷⁰, ha establecido:

“Hay reelección inmediata cuando se elige nuevamente a quienes fueron elegidos como integrantes del órgano en la anterior elección, sin importar el lapso transcurrido entre la conclusión del período de funciones de los anteriormente elegidos y la nueva elección que se realiza”.

Criterio sustentado en la Resolución N° 003-2008-SUNARP-TR-L- del 02.01.2008¹⁷¹.

¹⁷⁰ Publicada en una separata especial del diario El Peruano el día 13.10.2005.

¹⁷¹ Publicada en las págs. 434607 y 434608 del diario El Peruano de fecha 20.1.201

4.17.4. Sesiones de la directiva comunal.

Por su periodicidad, las sesiones de la directiva comunal son:

- Sesiones ordinarias
- Se realizan por lo menos una vez al mes.
- Sesiones extraordinarias.

Se llevan a cabo en cualquier fecha, cuando las convoque el presidente, por iniciativa propia o a pedido de por lo menos dos de sus integrantes. En caso de no ser convocada la sesión dentro de los cinco días siguientes a la petición, puede hacerlo el vice - presidente o cualquier integrante de la directiva comunal, previa notificación escrita al presidente de la misma.

4.17.5. Quórum.

El quórum de una sesión de la Directiva Comunal será de la mitad más uno de sus integrantes; sus acuerdos se adoptarán por mayoría de los asistentes. El presidente tiene voto dirimente¹⁷². En caso que la Directiva Comunal no pueda reunirse por falta de quórum, el presidente requerirá a los directivos cuya inasistencia impide el funcionamiento de la misma¹⁷³.

El requerimiento se hace bajo apercibimiento de declarar la vacancia si persistiese la inasistencia de los apercibidos en la tercera citación, se deja constancia en acta suscrita por el presidente y directivos asistentes, cuya copia autenticada se hace conocimiento de la asamblea general, para que declare la vacancia y acuerde su destitución y la cobertura del cargo por un vocal o la elección de un nuevo directivo.

¹⁷² Artículo 54° del RLGCC

¹⁷³ Artículo 55° del RLGCC

4.17.6. Reuniones de coordinación.

Los presidentes de las Juntas de Administración Local, conjuntamente se reunirán con la Directiva Comunal, por lo menos cuatro veces al año, además asistirán a las sesiones de la Directiva Comunal cuando se traten asuntos que atañen a su competencia funcional, con derecho a voz y voto¹⁷⁴.

4.17.7. Vacancia del cargo.

Queda vacante el cargo de miembro de la Directiva Comunal en los siguientes casos:

- a. Por inasistencia a las sesiones de la Directiva Comunal, a pesar del apercibimiento efectuado por el presidente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56° del presente reglamento.
- b. Por enfermedad o impedimento físico no susceptible de rehabilitación o por la cualquier otra causa que impida su desempeño por un plazo mayor de tres meses.
- c. Por ausencia de la comunidad por más de sesenta días consecutivos, sin autorización de la Directiva Comunal.
- d. Por sobrevenir, después de la elección alguna de las causales consideradas en el artículo 52° del presente Reglamento; y
- e. Por cambio de domicilio fuera de la jurisdicción de la Comunidad¹⁷⁵.

La vacancia de cargo directivo declarada por la Asamblea General es susceptible de reconsideración, a solicitud de parte, dentro de ocho días posteriores a la adopción de la decisión¹⁷⁶.

4.18. Funciones de la directiva comunal.

El artículo 60° del RGCC, señala que son las siguientes:

¹⁷⁴ Artículo 56° del RLGCC

¹⁷⁵ Artículo 58° del RLGCC

¹⁷⁶ Artículo 59° del RLGCC.

- a) Dirigir la marcha administrativa de la Comunidad, cumplir y hacer cumplir las disposiciones contenidas en la Ley General de Comunidades Campesinas, el presente Reglamento, el Estatuto de la Comunidad y los acuerdos de la Asamblea General.
- b) Elaborar y someter a consideración de la Asamblea General, el Plan y Proyecto de Desarrollo comunal, asumiendo su ejecución y control.
- c) Elaborar y someter a consideración de la Asamblea General, el Presupuesto anual y el Balance del ejercicio económico.
- d) Mantener actualizado el Padrón Comunal, el Catastro, así como el Padrón de Uso de tierras de la Comunidad.
- e) Proponer a la Asamblea General, el régimen de administración de la Empresa Comunal y supervisar su funcionamiento.
- f) Contratar, promover y remover al personal profesional, técnico y administrativo que preste servicios en la Comunidad.
- g) Elaborar el proyecto de Estatuto de la Comunidad y someterlo a la aprobación de la Asamblea General.
- h) Ejecutar las sanciones que acuerda la Asamblea General o imponer aquellas que le corresponda.
- i) Exonerar de las contribuciones económicas, de las faenas comunales y otras obligaciones, a los comuneros impedidos de cumplirlos por motivos justificados.
- j) Aceptar donaciones y legados, dando cuenta a la Asamblea General.
- k) Solicitar a la Asamblea General, autorización expresa para imponer o gravar los bienes y rentas de la Comunidad, así como para celebrar transacciones y actos para los que se requiera autorización especial; y
- l) Ejercer las demás atribuciones de su competencia.

4.18.1. Responsabilidad de la directiva comunal.

El artículo 21º del RLGCC, dispone que los miembros de la Directiva Comunal son responsables individualmente de los actos violatorios de la presente Ley y del Estatuto.

4.18.1.1. Comentario.

En el primer caso, la responsabilidad de los directivos de la comunidad es personal, en cuanto responden por los actos individuales realizados en ejercicio de su cargo. En el segundo caso, la responsabilidad de los integrantes de la Directiva Comunal, es colectiva y solidaria por las resoluciones y acuerdos adoptados en sesión, a menos que salven expresamente su voto, lo que debe constar en acta¹⁷⁷.

La responsabilidad administrativa se hace efectiva de acuerdo con el procedimiento administrativo sancionador previsto en el estatuto de la comunidad. Tratándose de ilícitos penales cometidos por los dirigentes de una comunidad campesina, nuestra legislación contempla la existencia de figuras delictivas imputables a los representantes de estas organizaciones, vg., el delito de fraude en la administración de personas jurídicas, previsto y penado por el artículo 198º y 199º del Código Penal¹⁷⁸. En este

¹⁷⁷ Refiriéndose al principio general de la responsabilidad personal, en el caso de las personas jurídicas de naturaleza societaria, el profesor MONTROYA – MANFREDI, Ulises, dice que “Solo responden quienes participaron en el acuerdo, o fueron contrarios a él, deben dejar constancia de su voto disconforme (...). El voto favorable importa culpa del votante, sin que se admita como regla, que pruebe que no obstante su voto no tuvo culpa en el perjuicio causado a la sociedad. Asimismo, no sería aceptable que el hecho de atribuirse al presidente del directorio voto de calidad de dirimente, libere de responsabilidad a los directores que votaron en el mismo sentido que aquél. Respecto a los directores que no votaron a favor del acuerdo se distinguen tres situaciones: a) Los que no estaban presentes en la sesión; b) Los que estando presentes se abstuvieron de votar; c) Los que votaron en contra. Como cuestión previa debe considerarse que, como regla, no se considera suficiente para eximir de responsabilidades el simple hecho del voto, pues si el director tiene el deber de cuidado y diligencia en la marcha de la sociedad, debe desplegar su actividad para evitar por todos los medios a su alcance el eliminar o atenuar sus efectos. Estos deberes impondrían, según la doctrina alemana, de acuerdo a las circunstancias, la negativa a firmar las actas, presentar su propuesta, comunicar el hecho al consejo de vigilancia y, en caso de necesidad, renunciar al cargo. Estos deberes, aunque no son directamente impuestos por la ley, resultarían del deber general de diligencia inherente al cargo”. La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas. Talleres Gráficos P.L. Villanueva, 1977, p. 76.

A pesar de estar referidos a las sociedades mercantiles, estos criterios también son aplicables para determinar la responsabilidad civil de los integrantes de las directivas de las comunidades campesinas.

¹⁷⁸ Código Penal.

Artículo 198.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, en su condición de fundador, miembros del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia,

delito el bien jurídico protegido es el patrimonio de la persona jurídica y al igual que en el delito de estafa requiere del engaño o del fraude como comportamiento típico¹⁷⁹.

Cuando el delito fuera cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Código Penal faculta al Juez para que dicte medidas accesorias de clausura, disolución, suspensión o prohíba las actividades ilícitas cometidas bajo la fachada de la persona jurídica¹⁸⁰.

Cuando el órgano, representante o dependiente de la persona jurídica genere un daño en ejercicio (o con ocasión de funciones), en materia de responsabilidad civil, según Espinoza Espinoza, se presentan dos supuestos:

gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados o terceros interesados, la verdadera situación, reflejando y omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.
2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.
3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.
4. Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.
5. Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.
6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.
7. Asumir préstamos para la persona jurídica.
8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona.

Artículo 199°.- El que, con la finalidad de obtener ventaja indebida, mantiene contabilidad paralela distinta a la exigida por la ley será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a noventa días multa.

¹⁷⁹ “La lectura del tenor del tipo penal de administración fraudulenta de persona jurídica confirma la afirmación general de que los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas están referidos solamente a las de Derecho Privado. Los actos de deslealtad patrimonial cometidos en el marco de las personas jurídicas de Derecho Público darán lugar a responsabilidad penal por los delitos de funcionarios, sea como peculado y malversación de fondos. En la medida que se trata de actos de administración fraudulenta de personas jurídicas de Derecho Privado, el tipo penal ha procurado incluir a los distintos sujetos que asumen labores de administración durante su nacimiento y existencia” GARCÍA CAVERO, Percy. Fraude en la Administración de Personas Jurídicas y Delitos contra la Confianza y la Buena Fe en los Negocios, Palestra, Editores, 2005, p. 35.

¹⁸⁰ Artículo 105°

1. Si la responsabilidad es contractual, se aplica el artículo 1325º del Código Civil, vale decir, responde frente al dañado, solo la persona jurídica. Ello sin perjuicio que ésta repita posteriormente en contra del autor directo.
2. Si la responsabilidad se extracontractual, aplicándose el artículo 1981º del Código Civil, se generará (de manera solidaria) la responsabilidad directa del agente y al mismo tiempo, la responsabilidad (mal denominada “indirecta”) de la persona jurídica.

Espinoza¹⁸¹ menciona también como supuestos de hecho de responsabilidad civil de la persona jurídica los siguientes:

1. La responsabilidad *ultra vires* de la persona jurídica, vale decir, cuando realiza actos que exceden su objeto social.
2. La responsabilidad civil dentro del ejercicio de las funciones del órgano responsable o dependiente.
3. La responsabilidad civil en exceso de las funciones del órgano representante o dependiente.
4. La responsabilidad civil con ocasión de las funciones del órgano representante o dependiente.

El Código Civil no contempla la responsabilidad *ultra vires* de las personas jurídicas sin fines de lucro, dentro de estas están las comunidades campesinas y las comunidades nativas. Como ya se conoce, la responsabilidad extracontractual se rige en base a criterios subjetivos y objetivos (la teoría del riesgo

¹⁸¹ ESPINOZA, ESPINOZA, Juan. Derecho de las Personas, Huallaga Editorial, 3ra edición, 2001 p. 424

creado), en tanto que la llamada responsabilidad contractual se genera en base a criterios subjetivos (existencia de dolo y culpa¹⁸².

4.19. Los comités especializados.

4.19.1. Objetivos, funciones y atribuciones.

La Asamblea General podrá establecer en el Estatuto, la existencia de Comités Especializados, como órganos consultivos o de asesoramiento, de ejecución o apoyo para el desarrollo de actividades de interés comunal, los que estarán bajo la dependencia de la Directiva Comunal, así se desprende del RLGCC¹⁸³.

La conformación, objetivos y funciones de estos comités, incluidas las funciones de sus integrantes, serán establecidos en un reglamento específico, el que para entrar en vigencia deberá ser aprobado por la asamblea general, Los comités especializados, son órganos consultivos y de apoyo de la directiva comunal, cuya finalidad es la de realizar estudios, formular propuestas y proyectos para el desarrollo de actividades de interés comunal. Emiten dictámenes u opiniones en los asuntos de su competencia que la directiva les asigna.

Para el cumplimiento de sus fines, los comités se constituyen con comuneros que son designados mediante acuerdo de la directiva comunal. Las deliberaciones y los acuerdos que adoptan, deben constar en un libro aperturado con las formalidades de ley. El número de comités y la relación de sus integrantes son fijados por la directiva comunal a propuesta del presidente.

¹⁸² Vid. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984”, en Cátedra, año III, N° 5, revista de los estudiantes de Derecho de la UNMS, 1994, p. 54

¹⁸³ Artículo 69°

El RLGCC, ha previsto que la comunidad que tenga un considerable movimiento económico, debe constituir obligatoriamente un Comité Especializado Revisor de Cuentas, que cumpla funciones de control ejerciendo las siguientes atribuciones:

- a) Cautelar que la contabilidad sea llevada con estricta sujeción a ley;
- b) Verificar que los fondos, valores y títulos de la comunidad estén debidamente salvaguardados;
- c) Disponer, cuando lo estime conveniente, la realización de arqueos de caja,
- d) Comprobar la existencia de bienes consignados en los inventarios; y
- e) Presentar a la Asamblea General el informe a que contrae el inciso e) del artículo 18º de la Ley General de Comunidades Campesinas¹⁸⁴.

Los miembros del Comité Especializado Revisor de Cuentas, son solidariamente responsables con los miembros de la Directiva Comunal, cuando conociendo irregularidades practicadas por éstos, no informan a la Asamblea General¹⁸⁵. De la responsabilidad de los órganos representantes o dependientes de una persona jurídica ya no hemos ocupado en el ítem precedente.

El Comité Especializado Revisor de Cuentas estará integrado por tres miembros: Presidente, Secretario y Vocal. Será presidido por el comunero calificado que haya obtenido la mayor votación, al momento de elegirse dicho comité¹⁸⁶. En aquellas comunidades

¹⁸⁴ Artículo 70º

¹⁸⁵ Artículo 71º.

¹⁸⁶ Artículo 72º.

campesinas que no cuenten con un comité de esta naturaleza, le toca asumir sus funciones al Fiscal de la comunidad¹⁸⁷.

Nos parece poco afortunada la redacción del artículo 73° del RLGCC al conferirles la calidad de Comités Especializados a este tipo de organismos constituidos al interior de la comunidad. En este tema coincidimos con Espinoza Espinoza¹⁸⁸, quien considera que el empleo del término comité es inapropiado, por cuanto no se trata de una persona jurídica independiente de la comunidad campesina.

Tampoco se refiere a una organización dedicada a la recaudación pública de aportes destinados a una finalidad altruista (Art. 111° del C.C.). En este caso se está utilizando erróneamente la palabra comité para designar a un órgano de la comunidad campesina que cumple una función determinada dentro de la misma. Para nosotros hubiera sido preferible utilizar la denominación de comisiones de trabajo.

4.20. Las elecciones comunales.

4.20.1. Régimen legal.

El autogobierno comunal reconocido por la Constitución a favor de las comunidades campesinas y nativas tiene un indiscutible origen democrático. La LGCC establece que los directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio, de acuerdo a los procedimientos, requisitos y condiciones que establece el estatuto de cada comunidad¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Artículo 67°.

¹⁸⁸ Op. cit, p. 517.

¹⁸⁹ Artículo 17°

Los miembros de la directiva comunal serán elegidos por un periodo máximo de dos años y pueden ser reelegidos por un periodo igual¹⁹⁰. Por mandato del RLGCC, las elecciones se realizarán cada dos años, entre el 15 de noviembre y el 15 de diciembre, en la fecha que fija el comité electoral¹⁹¹.

4.20.2. El comité electoral.

El RLGCC señala que las elecciones de la Directiva Comunal, serán dirigidas, organizadas y supervisadas por un Comité Electoral, compuesto por tres miembros: Presidente, Secretario y Vocal, elegidos en Asamblea General Extraordinaria, convocada para el efecto que tendrá lugar a más tardar el quince de octubre¹⁹². Contra las decisiones de este Comité sólo procede recurso de apelación ante la Asamblea General por las causales siguientes:

- a) Irregularidades o vicios graves que contravengan el Reglamento de Elecciones denunciados ante el Comité Electoral y no resueltos por éste, y.
- b) Anulación de las elecciones¹⁹³.

El Comité Electoral cesa en sus funciones en cuanto asumen sus cargos los miembros de la nueva Directiva Comunal¹⁹⁴.

4.20.2.1. Acto no inscribible.

De acuerdo al inciso c) del artículo 4º del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas, la elección del Comité Electoral no es un acto inscribible. Anteriormente, la Cuarta Sala del Tribunal de la Zona Registral V – Sede Trujillo, mediante Resolución

¹⁹⁰ Artículo 20º

¹⁹¹ Artículo 80º

¹⁹² Artículo 79º

¹⁹³ Artículo 81º

¹⁹⁴ Artículo 82º.

Nº 328-2007-SUNARP-TR.I, había establecido con el carácter de precedente de observancia obligatoria, que el Comité Electoral no constituye acto inscribible. El criterio predominante para adoptar esta decisión, es que resulta irrelevante la inscripción de un órgano que no tiene representación frente a terceros y que solo tiene una vigencia momentánea al interior de la persona jurídica¹⁹⁵.

4.20.3. ¿Quiénes pueden votar?

El RLGCC, dispone que en las elecciones sólo podrán votar los comuneros calificados que tengan expedito su derecho de sufragio¹⁹⁶. Ya hemos visto que son obligaciones de los comuneros calificados, entre otros, emitir su voto en las elecciones comunales, y desempeñar los cargos directivos, obligaciones y comisiones que se les encomienda.

4.20.4. Requisitos para ser candidatos a la directiva comunal.

El RLGCC precisa que para ser miembro de la Directiva Comunal, se requiere:

- a) Gozar del derecho de sufragio.
- b) Ser comunero calificado, con por lo menos dos años de antigüedad, salvo que se trate de elección de la primera Directiva.
- c) Estar inscrito en el Padrón Comunal.
- d) Tener dominio del idioma nativo predominante de la Comunidad, y

¹⁹⁵ Este criterio concuerda con la opinión vertida por GONZÁLES BARRÓN, Günther, quien establece una diferenciación entre los actos de representación y los actos de gestión, al precisar que “Los primeros tienen eficacia externa y son inscribibles por cuanto tienen relevancia hacia terceros, pues tienen interés en conocer la existencia, validez y subsistencia del poder que obliga a la persona jurídica, los segundos tienen eficacia permanente interna, entre los socios, o entre la persona jurídica y los administradores, por lo que no tienen relevancia para terceros y no son inscribibles. Es el caso, por ejemplo, de los comités electorales, de recurrente aplicación en asociaciones y cooperativas, cuya naturaleza exclusivamente interna los descartan del registro”. Introducción al Derecho Notarial y Registral, 2da. edición, Jurista Editores E.I.R.L., 2008, p. 476.

¹⁹⁶ Artículo 84º.

- e) Encontrarse hábil, de conformidad con los derechos y deberes señalados en el Estatuto de la Comunidad¹⁹⁷.

4.20.4.1. Impedimentos.

El RLGCC indica que no pueden ser elegidos miembros de la Directiva Comunal:

- a) Los que no están inscritos como comuneros calificados en el Padrón Comunal.
- b) Los que hubieran sido condenados por delito contra el patrimonio.
- c) Los que tienen juicio pendiente con la Comunidad, por acciones que ésta o el candidato al cargo ejercite.
- d) Los servidores del Sector Público, y
- e) Los sancionados por la Asamblea Comunal, por la comisión de faltas graves establecidas en el Estatuto de la Comunidad y que no hayan sido rehabilitados por la Asamblea¹⁹⁸.

4.20.5. El proceso electoral.

De acuerdo con lo establecido en el RLGCC, las elecciones de la Directiva Comunal se efectuarán por listas completas¹⁹⁹. El Reglamento de Elecciones preverá que el vocal, en un número que no exceda de tres, proceda de la lista que siga en votación a

¹⁹⁷ Artículo 50°. Este dispositivo antes de ser modificado por Decreto Supremo N° 047-2006-AG, en su parte final en forma por demás absurda, exigía como requisito para ser elegido presidente o fiscal de una comunidad campesina, haber desempeñado anteriormente un cargo comunal. La pregunta que se hacían muchos era ¿Qué pasaría si los ex directivos no desearan volver a ocupar cargos en la directiva comunal o si han fallecido? Lógicamente, nadie hubiera podido ocupar dichos cargos. Se trataba de una norma inconstitucional, pues, infringía el artículo 31° in fine de la Constitución, que establece: “Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos”.

¹⁹⁸ Artículo 51°

¹⁹⁹ El RLGCC, se inclina por el sistema electoral mayoritario; esto es, para la lista que obtenga más votos, con ello a la lista ganadora le corresponde los cargos de presidente, vicepresidente, secretario, tesorero y fiscal; pero en lo que sería un residuo del sistema de la lista incompleta, el reglamento dispone que la lista que ocupa el segundo lugar, puede tener hasta tres vocales. Es decir, estamos ante un sistema electoral híbrido que busca dar participación en el gobierno comunal a la primera minoría resultante de las elecciones comunales.

la lista ganadora²⁰⁰. El Reglamento de Elecciones de cada comunidad, normará las funciones del Comité Electoral, el procedimiento electoral, candidatos, sufragio, escrutinio, cómputo, nulidad de elecciones y demás aspectos relacionados con las elecciones²⁰¹.

El resultado de las elecciones conteniendo el nombre de los candidatos electos para cada cargo y el número de votos alcanzados por las listas, constará en el Acta Electoral, la misma que se transcribirá en el Libro de Actas de la Asamblea General. Las credenciales de los miembros de la Directiva Comunal serán otorgadas por el Comité Electoral e inscrita en los Registros Públicos²⁰².

4.20.5.1. Elección de los delegados sectoriales.

El RLGCC, también dispone que los delegados ante la Asamblea General de Delegados, donde ésta se constituya, serán elegidos por un periodo de mandato de dos años, conforme a las normas que establezca el Estatuto de la Comunidad²⁰³. La constitución de este tipo de asamblea se produce en circunstancias especiales, como la existencia de Anexos, volumen poblacional y extensión territorial²⁰⁴.

El mencionado reglamento establece que la Asamblea General de Delegados estará conformada por:

- a) Delegados elegidos por los comuneros calificados en un número mínimo de un (01) delegado por cada cincuenta (50) comuneros calificados.

²⁰⁰ Artículo 86°.

²⁰¹ Artículo 89°.

²⁰² Artículo 90°.

²⁰³ Artículo 87°.

²⁰⁴ Artículo 91°.

- b) Los miembros de la Directiva Comunal.
- c) Los Presidentes de las Juntas de Administración Local, y
- d) Los presidentes de Comités Especializados.

En armonía con lo dispuesto por el citado RLGCC, el Estatuto de la Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos aprobado el año 2002, documento legal que obra inscrito en el Registro de Personas Jurídicas de la Zona Registral II Sede Chiclayo, establece lo siguiente:

Artículo 92º.- Los miembros de la Directiva Comunal y los Delegados Sectoriales de la Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos, serán elegidos en un solo acto entre el 15 de noviembre y el 15 de diciembre del año respectivo.

Artículo 95º.- Los delegados sectoriales son elegidos conjuntamente y en el mismo acto que la Directiva Comunal.

A lo anterior hay que agregar que la propia LGCC en su artículo 17º también establece que “La Asamblea General es el Órgano Supremo de la Comunidad. Sus directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio, de acuerdo a los procedimientos, requisitos y condiciones que establece el Estatuto de cada Comunidad”.

Esto es así, sin embargo los integrantes de los comités electorales de la citada comunidad campesina de la costa, que tuvieron a cargo las elecciones comunales para elegir tanto a los integrantes de la

directiva y los delegados sectoriales para el período 2010 – 2011, y para el período 2012 – 2013, sólo convocaron a elecciones para elegir a los integrantes de la directiva comunal, dejando de lado la elección de los delegados sectoriales dándose el caso que quienes resultaron elegidos en esas elecciones precedieron después a designar a dedo a personas desconocidas y comuneros como delegados de la comunidad, llegándose al extremo de celebrar pseudas asambleas generales de delegados y adoptar acuerdos, como la ilegal permuta con el Estado de 63,000 hectáreas de tierras comunales; lamentablemente nadie impugnó judicialmente esos acuerdos²⁰⁵.

4.20.5.2. El reglamento de elecciones.

El reglamento de elecciones comunales es elaborado por el comité electoral. La existencia de este documento está prevista en el RLGCC, en él se contempla todo lo relacionado a la forma como debe llevarse a cabo un debido procedimiento de elecciones comunales para elegir a los integrantes de la directiva comunal y a los delegados sectoriales donde los hubiera.

En el reglamento de elecciones se legisla sobre la conformación del comité electoral, sobre cómo debe funcionar este órgano colegiado, es decir, sobre las atribuciones que tiene y sobre los requisitos que deben

²⁰⁵ Artículo 78° y 86°. La pseudo Asamblea General Extraordinaria de Delegados fue convocada para el día 1 de agosto del 2010, se llevó a cabo en el local comunal a puerta cerrada y contando con el resguardo de un fuerte cordón policial. Allí se le otorgó poder al presidente de la comunidad para permutar las 63,000 hectáreas de tierras comunales. Este acuerdo fue elevado a escritura pública, e inscrito en los registros públicos. Lo grave de esta permuta, es que se valorizaron las tierras comunales con un arancel desactualizado del 2001. Las tierras comunales aparecen en la escritura de la permuta con un precio inferior al de las tierras permutadas con el Proyecto Especial Olmos – Tinajones, no obstante ser de la misma calidad.

reunir los comuneros que lo conforman. También se contempla lo referente a los requisitos que deben reunir los comuneros que integran cada una de las listas que participan en la contienda electoral. Lo relativo a las cédulas de sufragio; sobre el acto electoral, sobre las causales que existen para declarar la nulidad de las elecciones, sobre la proclamación y juramentación de la directiva comunal que representa a la lista ganadora, etc.

Conforme lo establece el RLGCC, el Comité Electoral cesa sus funciones en cuanto asumen sus cargos los miembros de la nueva Directiva Comunal²⁰⁶. El indicado reglamento de la LGCC, señala que en caso de ser confirmada la nulidad de las elecciones por la Asamblea General, la Directiva Comunal convocará a nuevas elecciones, las mismas que se realizarán dentro de los treinta días de efectuada la referida Asamblea²⁰⁷.

4.20.5.3. Inscripción de la directiva comunal.

4.20.5.3.1. Casos que se pueden presentar.

Para la inscripción en el Libro de Comunidades Campesinas de la zona registral respectiva, de las juntas directivas electas de las Comunidades Campesinas pueden presentarse dos supuestos:

- i) Elección de la nueva junta directiva encontrándose inscrita la junta directiva saliente;

²⁰⁶ Artículo 82°.

²⁰⁷ Artículo 83°.

- ii) La directiva comunal no está inscrita, habiendo transcurrido uno o más periodos electorales vencidos.

4.20.5.4. Elección de la nueva junta directiva encontrándose inscrita la junta directiva saliente.

En este caso se procede de la siguiente manera:

- a) El presidente de la junta directiva saliente, o quien haga sus veces, convocará a asamblea general para la elección de la nueva junta directiva. Si ha vencido el plazo de funciones de la junta directiva convocante, ésta por disposición del artículo 47º del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas, está únicamente legitimada para convocar a asamblea general eleccionaria. De acuerdo con el artículo 58º de la Directiva N° 10-2013-SUNARP/SN, la convocatoria a asamblea eleccionaria efectuada por el comité electoral es válida de conformidad con el artículo 79º del RLGCC.
- b) La convocatoria debe realizarse en la forma prevista en el estatuto, de tal manera que los integrantes de la comunidad tomen conocimiento de la misma. La convocatoria deberá contener la fecha y hora de la celebración de la asamblea, el lugar dónde se va a realizar, así como debe precisarse el tema a tratar (elección de la nueva junta directiva y de los delegados si los hubiere).

4.20.5.5. Cuando la directiva comunal no está inscrita, habiendo transcurrido uno o más periodos electorales vencidos.

En aquellos casos en que se pretenda regularizar uno o más periodos eleccionarios, esto es, inscribir la elección de una o más juntas directivas no inscritas, se debe realizar una asamblea general de reconocimiento, la misma que se encuentra prevista en la Directiva N° 10-2013-SUNARP/SN. Esta directiva establece que los acuerdos de la Comunidad Campesina no registrados en su oportunidad, podrán acceder al registro a través de su reconocimiento en una asamblea general, debiendo tenerse en cuenta lo siguiente²⁰⁸:

- La inscripción de la asamblea general de reconocimiento procede para reconocer uno o más periodos eleccionarios vencidos²⁰⁹.
- Tratándose de asambleas generales de reconocimiento de directivas comunales, se entenderá como válida la convocatoria efectuada por el último presidente electo no inscrito de la directiva comunal, la misma que se efectuará dentro de la vigencia de su período de funciones
- El registrador exigirá copia certificada por notario. En aquellos lugares donde no exista notario, se podrá solicitar la certificación por el Juez de Paz o Juez de Paz Letrado²¹⁰.
- El registrador no requerirá la presentación de copias certificadas ni otra documentación referida a las asambleas realizadas con anterioridad en las que se

²⁰⁸ Artículo 5.15

²⁰⁹ Artículo 5.15.1

²¹⁰ Artículo 5.15.3

acordó realizar las elecciones o acuerdos que son materia de reconocimiento²¹¹.

- En el acta de la asamblea general de reconocimiento de directivas comunales deberá constar el acuerdo de la asamblea de reconocer las elecciones anteriores no inscritas, inclusive respecto al órgano o integrante del mismo que convoca a la asamblea general de reconocimiento, con la indicación de todos los órganos de gobiernos elegidos, su período de funciones e indicación de la fecha de la asamblea en que fueron elegidos, en la que en ningún caso podrá exceder el plazo establecido en el artículo 20º de la Ley N° 24656²¹².
- En el acta de asamblea general de reconocimiento de otros actos o acuerdos de asamblea general, deberá constar el reconocimiento de dichos actos o acuerdos no inscritos, precisando la fecha en las que se realizaron²¹³.
- La falta de inscripción del estatuto de una comunidad campesina no será impedimento para la calificación e inscripción de la elección de un órgano directivo, al existir la Ley N° 24656 – Ley General de Comunidades Campesinas y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 08-91-TR, normas que regulan la estructura orgánica y funciones de dichas organizaciones, su régimen administrativo, régimen económico, disolución y liquidación, entre otros aspectos²¹⁴.

²¹¹ Artículo 5.15.4

²¹² Artículo 5.15.5

²¹³ Artículo 5.15.6

²¹⁴ Artículo 5.16.2

4.20.5.6. Forma de acreditar la convocatoria y el quórum.

La forma de acreditar la convocatoria y la existencia del quórum requerido será a través de las constancias respectivas, las mismas que constituyen declaraciones juradas. Las constancias se presentarán en original y se indicará el nombre completo, documento de identidad y domicilio del declarante y se presentarán con firma certificada por Notario, Juez de Paz o Paz Letrado cuando se encuentre autorizado legalmente; o fedatario de algún órgano desconcentrado de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos²¹⁵.

4.20.5.6.1. Constancia de la convocatoria.

Con relación a la constancia de la convocatoria, ésta, según la Directiva N° 10-2013-SUNARP/SN, deberá contener como mínimo los siguientes requisitos:

- Indicar que la convocatoria se ha realizado en la forma prevista en el estatuto.
- Señalar que los integrantes de la comunidad campesina han tomado conocimiento de esta.
- La agenda a tratar.

Deberá ser emitida por la persona legitimada para efectuar la convocatoria²¹⁶.

²¹⁵ Directiva N° 10.2013, SUNARP/SN, artículo 5.9

²¹⁶ Artículo 5.9.1

4.20.5.6.2. Constancia del quórum.

La constancia del quórum deberá contener como mínimo los siguientes requisitos:

- El número de comuneros calificados hábiles para asistir a la sesión de asamblea general.
- Los datos relativos a la certificación de apertura del Libro Padrón de Comuneros.
- Indicar el nombre de los comuneros asistentes a dicha sesión.

Deberá ser emitida por quien presidió la sesión o por la persona legitimada para efectuar la convocatoria²¹⁷.

4.20.5.6.3. Acreditación de convocatoria efectuada por publicación.

Además de la constancia de convocatoria, se podrá también presentar en forma alternativa la convocatoria publicada en un periódico de circulación local, en cuyo caso podrá acreditarse mediante la presentación de los avisos publicados en original o en reproducción certificada notarialmente.²¹⁸

²¹⁷ Artículo 5.9.2

²¹⁸ Artículo 5.9.3

4.20.5.6.4. Suscripción de las constancias en procesos electorales.

En caso de renovación de directivos comunales, mediante proceso electoral, las constancias de convocatoria y quórum podrán ser suscritas indistintamente por el presidente del comité electoral, en tanto éste último actúe como autoridad competente en materia electoral.

4.20.5.6.5. Convocatoria efectuada en fecha distinta a la prevista en el Reglamento de la Ley de Comunidades Campesinas.

En aquellos casos en que la convocatoria sea efectuada en fechas distintas a las señaladas en el artículo 80º del reglamento de la ley de comunidades campesinas, no será materia de observación siempre que en la constancia de convocatoria a que alude el numeral 5.9.1 de la presente directiva, se consigne las razones de imposibilidad de convocar en las fechas previstas en la ley, bajo responsabilidad del declarante²¹⁹.

²¹⁹ Artículo 5.10.

CAPÍTULO V

LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y EL DERECHO A LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

*“Los actos contra la naturaleza
engendran disturbios contra la
naturaleza”.*

William Shakespeare

5.1. Los recursos naturales.

Los recursos naturales son los bienes de toda índole que nos brinda la naturaleza. Sin embargo, no se puede decir que nuestro planeta es fuente inagotable de riqueza, por eso los recursos naturales se clasifican en renovables y no renovables. Son renovables aquellos que tienen vida como la flora y fauna y pueden reproducirse y no renovables los que se agotan con su explotación irracional y tienen además la condición de inciertos, como los yacimientos de minerales, los hidrocarburos, etc. Un nuevo modelo de gobernanza de los recursos naturales trata de lograr un manejo sostenido de estos recursos.

El territorio de los pueblos indígenas y los recursos naturales existentes en esos territorios, son dos elementos de la naturaleza que están unidos entre sí, y por lo tanto, no deberían ser objeto de un tratamiento jurídico diferenciado. Lamentablemente, la propiedad de los recursos naturales corresponde al Estado o la Nación y el territorio a las poblaciones originarias o comunidades²²⁰. El Convenio N° 169 de la OIT, establece en su artículo 15° que “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerlos especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administrativa y conservación de dichos recursos.

²²⁰ Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica. Una Guía sobre el Convenio Num. 169 de la OIT, 2009, cit. op.107

En caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tengan derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los interesados de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

La Ley General de Comunidades Campesinas establece que la explotación de las concesiones mineras que se les otorgue a esas comunidades, así como las actividades que realicen para el aprovechamiento de los recursos naturales, bosque, agua y otras que se encuentran en el terreno de su propiedad, en armonía con las leyes y reglamentos que norman la materia, tendrán prioridad en el apoyo y protección del Estado²²¹. Empero, como ya lo hemos dicho, el hecho de que los recursos naturales se encuentren dentro del territorio de las comunidades, no significa que ellas sean propietarias de los mismos; pues, de acuerdo con el artículo 66º de la Constitución, “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por Ley Orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares”.

El artículo 3º de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, declara que se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de

²²¹ Artículo 15º

sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como:

- a. Las aguas superficiales y subterráneas;
- b. El suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor; agrícolas, pecuarias, forestales y de protección.
- c. La diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistos; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida.
- d. Los recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares.
- e. La atmósfera y el espectro radio eléctrico;
- f. Los minerales;
- g. Los demás considerados como tales.

El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente ley.

5.2. Los recursos naturales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

“La Constitución vigente, en su artículo 66º, luego de regular que los recursos naturales, tanto renovables como no renovables, son patrimonio de la nación, dispone que “Por Ley Orgánica se fija a las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real sujeto a dicha norma legal” (subrayado nuestro); esto es, que el legislador, al regular la utilización y otorgamiento de los recursos naturales, necesariamente debe realizarlo a través de una ley orgánica (...).”²²².

“Los recursos naturales pueden definirse como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular y las biológicas, en general. Representan

²²² STC. Exp. N° 1130 – 2001 – AA/TC, f.j. 2

aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre, en otras palabras, son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales; vale decir, que gozan de aptitud para generar algún tipo de provecho o bienestar.

“La Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha declarado que los recursos naturales son todos aquellos recursos que el hombre encuentra en su ambiente y que puede utilizar en su beneficio. Estos se clasifican en:

a) Recursos Renovables: *Son aquellos que, a pesar de ser utilizados, pueden regenerarse y, por ende, no perecen para su posterior aprovechamiento. Es el caso del suelo, el agua, las plantas y los animales.*

En tal sentido devienen en duraderos y obtienen permanencia de utilidad. Los procesos de autoregeneración y autodepuración se denominan resiliencia y solo tienen lugar cuando el ser humano no excede la capacidad de carga de su aprovechamiento. Por tal motivo, un recurso será renovable en la medida que su utilización o aprovechamiento no se realice de manera desmesurada e irracional. Sólo así se podrá alcanzar el aprovechamiento sostenible del bien ambiental.

b) Recursos no Renovables: *Son aquellos que al ser utilizados, se agotan irremediamente. Es el caso de los minerales, el petróleo, el carbón, el gas natural, etc. Su utilización o provecho comporta inexorablemente la extinción de su fuente productiva, habida cuenta de incapacidad de alcanzar autogeneración o autodepuración”²²³.*

“Consecuentemente, los recurrentes no pueden pretender que se limite la atribución del Estado de proteger de los recursos naturales, e innovar un supuesto “derecho de propiedad de nuestros recursos

²²³ STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC, f.j. 28

naturales”, pues ello no se condice con lo dispuesto por el artículo 66º de la Norma Fundamental. En este punto conviene enfatizar que los cuestionados Decretos Supremos Nos 008- 2004-PRODUCE, 015-2004-PRODUCE Y 020-2004-PRODUCE, tienen como objeto que se explote cuidadosamente el recursos de anchoveta a fin de contribuir con su desarrollo sostenido (...).”²²⁴.

5.3. El aprovechamiento de los recursos naturales.

La política ambiental en nuestro país ha sido diseñada con miras a lograr un uso sostenible de los recursos naturales. Así lo establece el artículo 67º de la Constitución. Casi todas las legislaciones de mundo están orientadas a establecer un punto de equilibrio en las relaciones del hombre con la naturaleza, bajo el cual ambos puedan coexistir en armonía productiva. La Ley General del Ambiente, señala que la política Nacional del Ambiente tiene `por objetivo mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; y el desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y recuperación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Como sostienen los expertos peruanos, Antonio Andaluz y Walter Valdez²²⁵. “En la nueva concepción, desarrollo y conservación dejan de constituir antípodas excluyentes para convertirse en las dos caras de una misma medalla o más, propiamente aún para convertirse en una realidad consustancial bajo el nombre de ecodesarrollo”²²⁶. Dentro de esta lógica

²²⁴ STC Exp. N° 4516-2005-PA/TC, f.j. 5.

²²⁵ ANDALUZ, Antonio y VALDEZ Walter “Derecho ecológico peruano inventario normativo” GREDES, 1987, p. 17.

²²⁶ ANDALUZ; Recuerda también que “Históricamente, se empezó a hablar de desarrollo sostenido a partir de la conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente celebrada en Estocolmo en 1972 (conocida como la Conferencia de Estocolmo 1972), y que fue la partida de nacimiento de la temática ambiental a la agenda de la comunidad internacional. Luego se dijo “sostenido”, si pero durante qué tiempo; entonces se empezó a hablar de sostenible, queriendo significar sostenido indefinidamente en el futuro (o al menos mientras la especie humana siga teniendo planeado subsistir en este planeta y qué, visto desde el espacio exterior, aparece como una nave sideral sin posibilidad de establecerse en ninguna estación de servicios y cuyos recursos naturales son el único sustento de sus pasajeros). También se habla de desarrollo sustentable (traído del inglés *sustainable*

hoy ya no es posible, en nombre del progreso, hablar de un desarrollo sin reservas o límites de respeto a las normas que protegen el medio ambiente y los recursos naturales, así como tampoco nos es dado postular a una intangibilidad absoluta de los recursos naturales. En resumen de lo que se trata es lograr un aprovechamiento racional de los mismos, lo cual en todo caso está sujeto a la aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental (E.I.A).

Por esta razón, las empresas que quieran operar en determinadas áreas del territorio nacional, tienen que medir el costo del impacto ambiental y adecuarse a las disposiciones legales en vigencia. Estas exigencias valen tanto para las personas jurídicas como para las personas naturales que se dedican a actividades extractivas, caso contrario estarían incurriendo en infracciones o en delitos que son sancionados por las leyes especiales dictadas sobre la materia o por el Código Penal.

El Tribunal Constitucional ha establecido que *“En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la Economía Social de Mercado y del Desarrollo Sostenible, la responsabilidad social se constituye en una conducta exigible a las empresas, de forma ineludible. En el caso del medio ambiente, la responsabilidad social debe implicar el mantenimiento de un enfoque preventivo que favorezca su conservación; el fomento de iniciativas que promueven una mayor responsabilidad ambiental, el fomento de inversiones en pro de las comunidades afincadas en el área de explotación, la búsqueda del desarrollo y la difusión de tecnologías compatibles con la conservación del ambiente, entre otras”*²²⁷.

development), y, de desarrollo duradero (especialmente en la literatura de los organismos de las Naciones Unidas para la alimentación de la Agricultura – FAO), codesarrollo (acuñado por Ignacio Sach) y desarrollo ambientalmente adecuado (traído del inglés *environmentally sound development* usado en los documentos preparatorios de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y sobre Desarrollo de Río de Janeiro 1992). Todas las denominaciones responden al mismo concepto de conservar la gallina, la vaca y el capital” (Derecho Ambiental, propuestas y ensayos, en Derecho del Medio Ambiente. Selección de lecturas, CARRUITERO LECA, Francisco, Editorial Studio, 2006, pp.17 y s.s.).

²²⁷ STC. Exp. N° 0048-2004-PI/TC, pp. 25 – 26.

El problema de la protección del medio ambiente y los recursos naturales, es algo que no solo interesa al estudio de ciencias como la Ecología y el Derecho o, a entidades como el Ministerio Público, la Policía, la Contraloría General de la República, el Poder Judicial, gobiernos regionales y locales, sino que de una u otra forma es algo que interesa a todos, por eso la ley le confiere a cualquier ciudadano la posibilidad de recurrir ante el órgano judicial en defensa del medio ambiente, aun cuando la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales de naturaleza ambiental no lo afecten directamente. Igual facultad tienen las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro, cuyo objeto es la defensa del medio ambiente.

La Ley General del Ambiente dispone que en el diseño y aplicación de la política ambiental, en particular, en el proceso de ordenamiento territorial ambiental, se deben salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas reconocidas en la Constitución Política y en los tratados internacionales ratificados por el Estado. Las autoridades públicas promueven su participación o integración en la gestión del ambiente²²⁸.

Esta ley promueve también el respeto a los derechos colectivos, al establecer que el Estado, reconoce, respeta, registra, protege y contribuye a aplicar más ampliamente los conocimientos colectivos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, en tanto ellos constituyen una manifestación de sus estilos de vida tradicionales y son consistentes con la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos naturales. El Estado promueve su participación justa y equitativa, en los beneficios derivados de dicho conocimiento y fomenta su participación en la conservación y la gestión del ambiente y los ecosistemas.

²²⁸ Artículo 70°

5.3.1. Aprovechamiento de recursos naturales por pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas.

La Ley General del Ambiente en su artículo 72º. También se ocupa del aprovechamiento de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas estableciendo lo siguiente:

- 72.1 Los estudios y proyectos de exploración, explotación y aprovechamiento de recursos naturales que se autoricen en tierras de pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, adoptan, las medidas necesarias para evitar el detrimento a su integridad cultural, social, económica ni a sus valores tradicionales.
- 72.2 En caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, los procedimientos de consultas se orientan preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer beneficios y medidas compensatorias por el uso de los recursos, conocimientos o tierras que les corresponda según la legislación pertinente.
- 72.3 De conformidad con la ley, los pueblos indígenas y las comunidades nativas y campesinas, pueden beneficiarse de los recursos de libre acceso para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales. Asimismo, tienen derecho preferente para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales dentro de sus tierras, debidamente tituladas, salvo reserva del Estado o

derecho, exclusivos o excluyentes de terceros, en cuyo caso tienen derecho a una participación justa y equitativa de los beneficios económicos que pudieran derivarse del aprovechamiento de dichos recursos.

Estas disposiciones de la Ley General del Ambiente, contienen lo que después, el Tribunal Constitucional ha denominado “principio de coparticipación de la riqueza”, al declarar que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida²²⁹. Al respecto Álvarez Miranda, al comentar la jurisprudencia de dicho Tribunal del que fue uno de sus integrantes dice que “Por todo ello, el esquema de apertura para inversión no es contrario a los principios de la justicia distributiva. Ambos esquemas deberán interactuar a fin de lograr la explotación razonable de recursos en equilibrio con el bienestar común. Evidentemente alcanzar tal equilibrio no es consecuencia de un acto o de la labor de una sola entidad pública sino (...) es a partir de una política de Estado”²³⁰.

5.3.2. El aprovechamiento sostenible y razonable de los recursos naturales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

“Aprovechamiento razonable y sostenible de los recursos naturales es una manifestación del derecho a disfrutar de un entorno ambiental idóneo.

16. En suma, de una interpretación sistemática del artículo 2°, inciso 22), y de los artículos 66°, 67°, 68° y 69° de la Constitución, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda

²²⁹ STC Exp. N° 0022-2009-PI/TC. publicada el 17.6.2009, Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y 50000 ciudadanos.

²³⁰ ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto “Derechos de los pueblos indígenas”, en Jurídica, suplemento de análisis legal del diario El Peruano, martes 13.10.2011, p.3.

persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia es el reconocimiento de que los recursos naturales – especialmente los no renovables – en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible y que los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto”²³¹.

“Política nacional del ambiente se orienta al uso sostenible de recursos.

La política nacional del medio ambiente debe promover el uso sostenible de los recursos naturales, ergo, debe auspiciar el goce de los beneficios resguardando el equilibrio dinámico entre el desarrollo socioeconómico de la Nación y la protección y conservación de un disfrute permanente”²³².

“Explotación de los recursos naturales no puede ser separada del interés nacional.

Desarrollando los alcances de los artículos constitucionales referidas al artículo 9° de la Ley General del Ambiente, la Ley N° 28611, establece: “La Política Nacional del Ambiente tiene por objetivo mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; y el desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

El enunciado legal materializa lo determinado en la llamada Constitución Ecológica. Así, en primer lugar, al ser los recursos

²³¹ STC Exp. N° 03343-2007-PA/TC, f.j. 16.

²³² STC Exp. N° 05719-2005-AA/TC, f.j. 31.

*naturales, in totum, patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras. En segundo lugar, los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce*²³³.

5.3.3. El caso especial de la Amazonía.

En un comunicado difundido por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (ALDISEP)²³⁴, se dice que “la Amazonía ha sido declarada por la UNESCO “PATRIMONIO UNIVERSAL DE LA HUMANIDAD”; pero en el Perú sigue siendo un “patrimonio” de la industria extractivista que usufructúa los recursos naturales, mientras que los pueblos no solo son discriminados, violados sus derechos e invadidos sus territorios y negados de todos los beneficios”. Denuncian también los representantes de éstos pueblos indígenas que “Hoy nuestra Amazonia peruana está entrando a un nuevo ciclo de explotación desenfrenada de sus recursos, tal como se ha dado en los casos del caucho y las pieles. No toman en cuenta las consecuencias sociales y ambientales, y las económicas son vistas apenas, desde el ángulo de la ganancia”.

Agregan que “La búsqueda de hidrocarburos, que ya asoló el norte de Loreto, se expande ahora a más del 70% de la selva y eso puede aumentar. Ya existen lotes con contratos de explotación activos; la minería abarca más de diez millones de hectáreas de la cuenca amazónica en forma de derechos adquiridos. De otro lado, la explotación aurífera informal reviste

²³³ STC Exp. N° 03343-2007-PA/TC ff.jj. 10 – 11

²³⁴ Publicado el 16.10.2012, en el diario La República, pág. 9.

características trágicas en términos sociales y ambientales en Madre de Dios y está en plena explotación”²³⁵.

En tales circunstancias, la situación de la amazonia, considerada pulmón del mundo se torna verdaderamente dramática, al verse afectada por el brutal efecto destructivo de los impactos ambientales que no pueden ser controlados por la inoperante fiscalización del Estado. Frente a ello las comunidades nativas, han propuesto varias estrategias para afrontar esta situación adversa por la que atraviesan, una de ellas es la elaboración de Planes de Vida Plena regionales y locales de los pueblos amazónicos, con ellos se busca dar cumplimiento a lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT y que estas comunidades tengan participación en los beneficios de las enormes ganancias obtenidas por las empresas extractivas²³⁶.

5.4. La biodiversidad.

La biodiversidad o diversidad biológica alude a la variedad de seres vivos (flora y fauna) existentes en un determinado ecosistema; diversidad que puede ser afectada por fenómenos naturales como el cambio climático o por la acción del ser humano. La palabra biodiversidad se deriva de la descomposición del prefijo bio que significa vida y diversidad que significa variedad y diferencia. Al lado de Colombia, Brasil, México, Ecuador, Venezuela y Bolivia, dada su rica biodiversidad, el Perú es considerado un país megadiverso.

Conforme se destaca en el PLANAA-PERÚ 2011-2021²³⁷, el Perú es uno de los 174 países megadiversos en el mundo, muestra de esta biodiversidad es que ostentamos el primer puesto en diversidad de mariposas con 3700 especies, segundo lugar en superficie de bosques

²³⁵ PLANAA – PERÚ 2011 – 2021, pp. 446 y ss.

²³⁶ Idem

²³⁷ PLANAA – PERÚ 2011 – 2021, pp. 446 Y 55

tropicales en América Latina (después de Brasil y cuarto a nivel mundial), segundo lugar en diversidad de aves con 1835 especies, cuarto lugar en especies de anfibios con 583 especies, quinto lugar en diversidad de especies de reptiles, con 421 especies; asimismo el Perú alberga cerca de 20,000 especies descritas de plantas con flor, con el 28% de endemismo, 1070 especies de peces de aguas marinas y 1011 especies de peces continentales. Asimismo, 84 de las 104 zonas de vida del planeta se encuentran en el Perú.

Como el ser humano figura entre los más agresivos depredadores de la naturaleza porque mata sin piedad a los animales y destruye la flora, ha sido necesario que los países adopten medidas legislativas para proteger la diversidad biológica. Con tal finalidad, en nuestro país se promulgó la Ley N° 26639, Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica²³⁸. Esta ley tiene como sustento los artículos 66° y 68° de la Constitución Política del Perú y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, aprobado por Resolución Legislativa N° 26181.

En el artículo 3° de esta ley se dice que la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica implica:

- a) Conservar la diversidad de ecosistemas, especies y genes, así como mantener los procesos ecológicos esenciales de los que depende la supervivencia de las especies.
- b) Promover la participación justa y equitativa en los beneficios que se derivan de la utilización de la diversidad biológica.
- c) Incentivar la educación, el intercambio de información, el desarrollo de la capacidad de los recursos humanos, la investigación científica y la transferencia tecnológica, referidos a la diversidad biológica y a la utilización sostenible de sus componentes.

²³⁸ Publicada el 16.06.1997

- d) Fomentar el desarrollo económico en base a la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica, promoviendo la participación del sector privado para estos fines.

5.4.1. Las comunidades y la diversidad biológica.

La ley que regula esta materia, reconoce en el artículo 23° la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. Asimismo, se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización. La ley, en el artículo 24° establece que los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas, nativas y locales asociados a la diversidad biológica, constituyen patrimonio cultural de los mismos, por ello, tienen derecho sobre ellos y la facultad de decidir respecto a su utilización²³⁹.

5.5. Las áreas naturales protegidas.

La Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley N° 26634 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 038-2001-AG, en su artículo 1° establecen que las Áreas Naturales Protegidas son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional reconocidos, establecidos y protegidos legalmente por el Estado, debido a su importancia para la conservación de la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como su contribución al desarrollo sostenible del país.

²³⁹ Esta disposición ha sido complementada por la Ley N° 28216, Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.

Las Áreas Naturales Protegidas constituyen patrimonio de la nación, su condición natural debe ser mantenida a perpetuidad pudiendo permitirse el uso regulado del área y el aprovechamiento de recursos, o determinarse la restricción de los usos directos.

En el Plan Nacional de Acción Ambiental (PLANAA – PERÚ 2011 – 2021) se indica que al 2010, el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE) registró sesenta y siete (67) ANP cubriendo el 15% de la superficie nacional; de ella; el 2.57% representa ecosistemas marino – costeros. Las ANP complementarias al SINAPE (Área de Conservación Regional²⁴⁰ y Áreas de Conservación Privada) constituyen el 0.75 del territorio nacional.

5.5.1. Categorías de las ANP de nivel nacional.

De acuerdo al Plan Director de las Áreas naturales Protegidas aprobado por Decreto Supremo N° 010-99-AG, existen las siguientes categorías:

²⁴⁰ El Plan de Conservación Regional (ACR) Cordillera Escalera fue establecida mediante Decreto Supremo N° 045-2005-AG. El área tiene una superficie de 149,670.00 hectáreas. El Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) determinó que el área concesionada por el gobierno para la exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 103, se encuentra en gran parte superpuesta con la ACR, ubicada en los distritos de Pinto Recodo, San Roque de Cumbaza, Pongo de Caynarachi y Barranquilla en la provincia de Lamas y de los distritos de San Antonio de Cumbaza, Tarapoto. La banda de Shilcayo, Shapuja y Chazuta de la región San Martín.

Con fecha 13 de octubre de 2008, Jaime Hans Bustamente Johnson interpuso demanda de amparo contra la empresa Occidental Petrolera del Perú; LLC Sucursal del Perú, Repsol Exploración Perú, sucursal del Perú y Petrobras Energía Perú S.A. por considerar que se amenazan sus derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, argumentando, entre otros, que en el lote 103 se encuentra el Área de la Conservación Regional. Cordillera Escalera; que dicha área tiene especial importancia por su biodiversidad y como fuente captadora y almacenadora de agua, ya que ahí nacen las tres cuencas hidrográficas (Cumbaza, Caynarachi y Shanusi). Indica también el demandante que la explotación se está realizando incumpliendo lo previsto en el artículo 27° de la Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, el cual dispone que el aprovechamiento de los recursos naturales en áreas naturales protegidas sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro.

El Tribunal Constitucional, luego de haber concluido que la ACR Cordillera Escalera es un área relevante no solo para el país en conjunto, sino en especial para la región San Martín, en tanto constituye una importante fuente de agua, facilita la captura de carbono y presenta una gran biodiversidad, y de evaluar la necesidad de implementar fórmulas que permitan la conciliación de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos con la necesaria conservación de los recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y humano, teniendo en cuenta además el principio de prevención y la inexistencia en este caso del Plan Maestro, resolvió declarar fundada la demanda, disponiendo que queda prohibida la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera hasta que no se cuente con el Plan Maestro, pudiendo reiniciar tal actividad una vez que este haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación y los objetivos del ACR. (STC. Exp. N° 03343 – 2007-PA/TC).

- **Parques Nacionales:** Son áreas que constituyen muestras representativas de la diversidad natural del país y de sus grandes unidades ecológicas. En ellas se protegen con carácter intangible la integridad ecológica de uno o más ecosistemas, las asociaciones de flora y fauna silvestre y los procesos sucesionales y evolutivos, así como otras características estéticas, paisajísticas y culturales asociadas.
- **Santuario Nacional:** Son áreas donde se protege con carácter intangible el hábitat de una especie o una comunidad de la flora y fauna silvestre, así como las formaciones “naturales” de interés científico y paisajístico por su importancia nacional.
- **Santuarios Históricos:** Son áreas protegidas con carácter de intangibilidad; contienen valores naturales relevantes y constituyen el entorno natural de los sitios con especial significado nacional, por albergar muestras del patrimonio monumental y arqueológico o porque en ellos se desarrollaron hechos sobresalientes de nuestra historia.
Se permiten las actividades científicas, turísticas y recreativas, estrictamente reguladas, acorde con los objetivos del área.
- **Reservas Paisajísticas:** Son áreas donde se protegen aquellos ambientes, cuya integridad geográfica muestra una armoniosa relación entre el hombre y la naturaleza, albergando importantes valores naturales, estéticos y culturales.
- **Refugios de Vida Silvestre:** Los refugios de vida silvestre son áreas que requieren la intervención activa con fines de manejo para garantizar el mantenimiento del hábitat, así como para satisfacer las necesidades particulares de determinadas especies como sitios de reproducción, y otros que son críticos para recuperar o mantener las poblaciones de tales especies.

- **Reservas Nacionales:** Son áreas destinadas a la conservación de la diversidad biológica y a la utilización sostenible de los recursos de flora y fauna silvestre, acuática o terrestre, dichos recursos podrán ser utilizados comercialmente según planes de manejo aprobados, supervisados y controlados por la Autoridad Nacional competente.
- **Reservas Comunales:** Son áreas destinadas a la conservación de la fauna y flora silvestre en beneficio de las poblaciones rurales vecinas. El uso y conservación de los recursos se hará según planes de manejo aprobados y supervisados por la autoridad y conducidos por los mismos beneficiarios. Estas se pueden establecer sobre suelos con capacidad de uso mayor agrícola, pecuario, forestal o de protección o sobre humedades.
- **Bosques de Protección:** Son áreas boscosas establecidas con el objeto de garantizar la protección de las cusacas altas o recolectoras, de las riveras de los ríos y de otros cursos de agua y, en general, para proteger las tierras frágiles contra la erosión. En ellos se permitirá el uso de recursos y el desarrollo de actividades que no pongan en riesgo la cobertura vegetal del área.
- **Cotos de caza:** Son áreas destinadas al aprovechamiento de la fauna silvestre a través de la práctica regulada de la caza deportiva.

Otros usos y actividades de aprovechamiento de recursos deberán ser compatibles con los objetivos del área. El aprovechamiento de la fauna silvestre y de todo recurso natural renovable requerirá obligatoriamente de planes de manejo.

5.5.2. Régimen especial para la administración de las reservas comunales.

Este régimen elaborado de acuerdo a la Décima Disposición Complementaria, Final y Transitoria del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, en su artículo 1º considera a las reservas comunales como una categoría de área natural protegida, de uso directo, destinada a la conservación de la flora y fauna silvestre, en beneficio de las poblaciones locales y comunales campesinas o nativas pertenecientes a los pueblos indígenas.

El uso y comercialización de los recursos naturales diferentes de la madera, de las Reservas Comunales se hace bajo planes de manejo aprobados y supervisados por la autoridad sectorial competente y conducidos por los mismos beneficiarios.

5.5.3. Naturaleza del régimen especial para la administración de las reservas comunales.

El reglamento, en el artículo 2º, dispone que el Régimen Especial de las Reservas Comunales desarrolla la Ley y el Reglamento de Áreas Naturales Protegidas, en concordancia con la Constitución Política, las disposiciones del Convenio N° 169º de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y demás disposiciones aplicables, garantizando, en el ámbito de su aplicación, la consolidación de prácticas ancestrales, valores, instituciones, conocimientos, cosmovisión, espiritualidad e innovaciones relevantes a la conservación y el manejo de la diversidad biológica, de las comunidades campesinas o nativas, pertenecientes a los pueblos indígenas.

El régimen especial para la administración de las reservas comunales se establece para regular la administración y el

manejo participativo de estas áreas, entre el Estado y las comunidades campesinas o nativas pertenecientes a los pueblos indígenas y la población local organizada.

Su condición especial se basa en que los encargados de la administración con carácter permanente o indefinido, son los mismos beneficiarios a través de su ente ejecutor, para los cuáles los recursos ubicados al interior de la reserva comunal son fuente principal y ancestral de subsistencia.

5.5.4. Los beneficiarios de las reservas comunales.

Según el artículo 5º del reglamento, son considerados beneficiarios para la administración de una Reserva Comunal las comunidades campesinas o nativas pertenecientes a los pueblos indígenas o la población local organizada, que cumplen con los criterios de vecindad, uso tradicional de los recursos naturales y conservación de la diversidad biológica.

Estos criterios son de aplicación cuando:

- a) Se es colindante a la Reserva Comunal,
- b) Aún sin ser colindante, se ha ejercido y ejerce un uso tradicional y sostenible de los recursos naturales.

En ambos casos, deberá efectuarse un uso directo sostenible de los recursos naturales de la Reserva Comunal con fines culturales o de subsistencia.

5.5.5. Consulta para la identificación de los beneficiarios durante la elaboración del expediente técnico para la creación de una Reserva Comunal.

El artículo 68º del reglamento, señala que en cuanto a las consultas para la creación de una Reserva Comunal se deberá cumplir con lo siguiente:

- a) Durante la preparación del expediente técnico para la creación de una Reserva Comunal, sea por las comunidades campesinas o nativas pertenecientes a los pueblos indígenas, sus organizaciones representativas, la población local organizada involucrada y organizaciones representativas, con el fin de identificar a los beneficiarios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6º del presente Régimen Especial.
- b) Si la propuesta de Reserva Comunal es presentada por los beneficiarios a través de sus organizaciones representativas u otras organizaciones, éstos deberán acreditar y contar con aprobación para presentar la propuesta. Dicha acreditación se materializa mediante acta firmada por los representantes directos de los beneficiarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14º del presente Régimen Especial. Se deberá adjuntar al expediente técnico de la propuesta de Reserva Comunal una copia legalizada de dicha acta.
- c) Identificar, en forma participativa y a través de mapas u otros medios, los usos tradicionales o de subsistencia de las comunidades campesinas y nativas pertenecientes a los pueblos indígenas y a la población local organizada. Estos insumos serán utilizados para la identificación de los beneficiarios, así como para documentar los resultados de la consulta que adjuntarán al expediente de creación de la Reserva Comunal.
- d) En la solicitud para la creación de una Reserva Comunal se incluirá la lista de las comunidades campesinas y nativas pertenecientes a los pueblos indígenas o la población local organizada identificadas como beneficiarios para la administración de la Reserva Comunal.

En el expediente técnico se identifican los derechos de propiedad, posesión o uso que pudieran existir dentro de los límites propuestos para la Reserva Comunal.

5.5.6. Sectorización administrativa de las reservas comunales.

De acuerdo con el artículo 12º del reglamento, los beneficiarios de las Reservas Comunales podrán optar por su sectorización administrativa por razones geográficas, culturales u otras con fines de administración y gestión, manteniendo la unidad administrativa de la Reserva Comunal.

En cualquier caso, deberá establecerse mecanismos de coordinación de manera que la Reserva Comunal cuente con una estructura unitaria y un instrumento global de gestión para la conducción unificada de los diferentes sectores y homologarse en cuanto sea posible o necesarios, los criterios de gestión.

5.5.7. Aprovechamiento de los recursos de las reservas comunales.

El aprovechamiento y la comercialización de los recursos naturales ubicados al interior de las Reservas Comunales será realizado directamente por los beneficiarios bajo planes de manejo conducidos por ellos mismos y aprobados por la autoridad correspondiente.

Solo se exceptúan del requisito del plan de manejo, los usos ancestrales de subsistencias medicinales y espirituales, precisados en el Plan Maestro.

Se respetan los derechos ancestrales de los pueblos y comunidades nativas, incluyendo a aquellos que pueden no haber sido considerados como beneficiarios por encontrarse en aislamiento voluntario o en contacto esporádico o inicial con la

sociedad. Los recursos de la Reserva Comunal con fines culturales y/o de subsistencia.

Cuando en las zonas contiguas a la Reserva Comunal existan otras poblaciones locales con intereses sobre los recursos de dicha zona, con fines de subsistencia, el Plan Maestro contemplará mecanismos que faciliten su participación en las decisiones que los afecten y el ejercicio de aquellos derechos compatibles con el objetivo de creación de la Reserva Comunal.

5.5.8. Las áreas naturales protegidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

“Declaración de área natural protegida implica su constitución como patrimonio de la Nación.

Las áreas naturales protegidas son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional que se encuentran reconocidas, establecidas y protegidas legalmente por el Estado. Dicha condición surge por su importancia para la conservación de la diversidad biológica y demás valores asociados con el interés cultural, paisajístico y científico, amén de su contribución al desarrollo sostenible del país. La declaración de área natural protegida implica su constitución como patrimonio de la nación y que sea objeto de dominio público y lo que genera que la propiedad no puede ser transferida a particulares”²⁴¹.

“Objeto de la declaración de área natural protegida.

La declaración de área natural protegida tiene por propósitos:

- a) Asegurar la continuidad de los procesos ecológicos y evolutivos dentro de áreas suficientemente extensas y representativas de cada una de las unidades ecológicas*

²⁴¹ STC Exp. N° 00739 – 2002, f.j. 4.

del país; mantener muestras de los distintos tipos de comunidades naturales, paisajes y formas fisiográficas, en especial de aquellos que representan la diversidad única y distintiva del país; evitar la extinción de especies de flora y fauna, en especial aquellas de distribución restringida o amenazadas, así como impedir la pérdida de la diversidad genética; mantener y manejar los recursos de la flora silvestre, de modo que aseguren una producción estable y sostenible; manejar los recursos de la fauna, incluidos los recursos hidrobiológicos, para la producción de alimentos y como base de actividades económicas, incluyendo las recreativas y deportivas.

- b) Mantener la base de recursos, incluyendo las genéticas, que permita desarrollar opciones para mejorar los sistemas productivos, encontrar adaptaciones frente a eventuales cambios climáticos perniciosos y servir de sustento para investigaciones científicas, tecnológicas e industriales; e igualmente en lo relativo a las condiciones funcionales de las cuencas hidrográficas, de modo que se asegure la captación, flujo y calidad de las aguas, y se controla la erosión y sedimentación, proporcionar medios y oportunidades para actividades educativas, así como para el desarrollo de la investigación científica; proporcionar oportunidades para el monitoreo del estado del ambiente, oportunidades para la recreación y el esparcimiento al aire libre, así como para un desarrollo turístico basado en las características naturales y culturales del país; mantener el entorno natural de los recursos culturales, arqueológicos e históricos ubicados en su interior, restaurar ecosistemas deteriorados.*
- c) Proteger, cuidar o mejorar sitios de reproducción o de refugio, rutas de migración, fuentes de agua o de*

*alimentos en épocas críticas, sitios frágiles, monumentos y sitios históricos en coordinación con las autoridades competentes; conservar formaciones geológicas y geomorfológicas y asegurar la continuidad de los servicios ambientales que prestan*²⁴².

5.6. Las comunidades campesinas y los recursos forestales.

*Si los árboles lloraran
qué será del hombre
cuando en un futuro no muy lejano
la verdura del bosque
sea tiempo pasado
cuando el último árbol
sea declarado
especie en extinción.*

*Qué será el hombre
cuando algún día
la frescura y el verde natural
sea reemplazado
por el insubstancial
calor artificial*

*Qué guarde un trozo de madera
para que labre su cruz
o para un letrero que diga
mismo cuento de niños,
“había una vez unos árboles...”*

¡Ay!... Si los árboles lloraran,

²⁴² STC Exp. N° 00769-PA/TC, fj. 4

*no lo harían por ellos mismos,
llorarían por el hombre cretino
que con hacha en mano,
de cada árbol caído,
fabrica triste destino.*

*¡Dios mío!....
haz que florezca la razón,
que brote la semilla de la conciencia
y que reverdezca la esperanza
de un mundo mejor
(Por: Agustín Alberto Odar Hernández)*

Son ecosistemas los lagos, los bosques, los oasis, los ríos, etc. Los ecosistemas son el resultado de la suma de los componentes abióticos y los bióticos. Los componentes abióticos son los que tienen vida; entre ellos las plantas, los animales, hongos, bacterias. Los componentes bióticos son los que no tienen vida, son inertes. Están compuestos por factores y componentes; algunos factores son los adácticos, los topográficos y los climáticos, y los componentes son el agua, el aire, la tierra y la luz.

El reino vegetal está compuesto por unas 350 mil especies conocidas. Las especies de este reino varían desde los organismos unicelulares hasta los árboles, estos forman cadenas boscosas y se clasifican en bosques tropicales, bosques secos, etc. Conforme se dice en el Plan Nacional de Acción Ambiental PLANAA – PERÚ 2001 - 2021²⁴³. Los bosques son ecosistemas arbóreos complejos que integran factores biológicos y bioclimáticos que permiten el desarrollo de numerosas formas de vida y que proveen bienes y servicios necesarios para la vida y el desarrollo de las civilizaciones. Los bosques conservan la diversidad

²⁴³ Este plan fue publicado en una separata especial del diario El Peruano el 14.7.2011.

biológica, aseguran flujos regulares, contribuyen a la regulación hídrica y conservación de suelos, captan y almacenan dióxido de carbono, lo que coadyuva considerablemente a mitigar el cambio climático,

Más de la mitad del territorio nacional está cubierto de bosques. Con su estimado de 72 millones de hectáreas de bosques (incluyendo bosques primarios amazónicos, de regeneración natural, bosques plantados y áreas boscosas poco densas en la costa norte); el Perú posee el segundo bosque de Sudamérica y el noveno en el mundo. El reto para su conservación está vinculado a reducir la tasa de reforestación (calculada en 150,000 ha/año entre los años 1990 y 2000 que significaron la emisión anual de 57 millones de toneladas de CO equivalente); y, a controlar la tala ilegal del bosque. En el 2005, INRENA estimó que todos los años se extrae más de 221,000 m³ de madera ilegal, es decir, 15% de la producción nacional.

5.6.1. La legislación forestal.

El artículo 21º de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, alude a la existencia de leyes especiales que tienen que ver con todo lo relacionado con el aprovechamiento sostenible de cada recurso natural, las cuales se encargan de procesar las condiciones, términos, criterios y plazos para el otorgamiento de los derechos, incluyendo los mecanismos de retribución económica del Estado para su otorgamiento, etc. Precisamente una de estas leyes especiales, es la Ley N° 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, que regula el derecho que tiene toda persona de acceder al uso, aprovechamiento y disfrute del patrimonio forestal de la nación, de acuerdo a los procedimientos establecidos por la autoridad nacional y regional y a los instrumentos de planificación y gestión del territorio.

5.6.2. Participación en la gestión forestal.

Este principio otorga a toda persona el derecho y el deber de participar responsablemente en los procesos para la toma de decisiones respecto a la definición, aplicación y seguimiento de las políticas, gestión y medidas relativas a los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre y sus componentes; que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno.

Se busca garantizar la participación efectiva de todos los actores interesados, incluyendo a las comunidades nativas y campesinas, tanto a nivel individual como colectivo.

5.6.3. Consulta previa libre e informada.

La aplicación de la presente ley respeta el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa libre e informada con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de la medida propuesta de acuerdo al Convenio 169º (OIT) y la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, otras normas vigentes, la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional sobre la materia.

5.6.4. Equidad e inclusión social.

Por este principio, el Estado garantiza condiciones equitativas de acuerdo a los recursos, las oportunidades de desarrollo y la distribución de beneficios para todos los actores, con enfoque de género, a través del diseño y aplicación de las políticas públicas forestales que contribuyen a erradicar la pobreza, reducir las inequidades sociales y económicas y al desarrollo humano sostenible de las poblaciones menos favorecidas.

5.6.5. Interculturalidad, conocimientos tradicionales y cosmovisión.

La gestión sobre el bosque y sus recursos se desarrolla en el marco del reconocimiento, respeto y valoración de la presencia e interacción de las diversas culturas, dentro de su cosmovisión, así como la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo.

Se reconocen los conocimientos tradicionales en el manejo y uso de los recursos forestales y de fauna silvestre y de la biodiversidad.

5.6.6. Recursos forestales.

El artículo 5º de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, indica que son recursos forestales, cualquiera sea su ubicación en el territorio nacional, los siguientes:

- a. Los bosques naturales.
- b. Las plantaciones forestales.
- c. Las tierras cuya capacidad de uso mayor sea forestal y para protección, con o sin cobertura arbórea.
- d. Los demás componentes silvestres de la flora terrestre y acuática emergente, incluyendo su diversidad genética.

5.6.7. Autorización de desbosque.

De acuerdo con el artículo 36º de esta ley, la autorización de desbosque consistente en el retiro de la cobertura forestal, requiere la autorización previa del Serfor o de la autoridad regional forestal y de fauna silvestre correspondiente, según el nivel de evaluación ambiental exigible en cada caso. Si estos desbosques pudiesen afectar a las comunidades campesinas y

nativas, rige el derecho a la consulta previa del Convenio 169º de la OIT.

Junto con la presentación de la solicitud el titular de la actividad adjunta la evaluación de impacto ambiental²⁴⁴ aprobada por la autoridad competente según la actividad a desarrollarse. Dicha evaluación demuestra que la actividad propuesta no puede llevarse a cabo en otro lugar y que la alternativa técnica propuesta garantiza el cumplimiento de los estándares ambientales legalmente requeridos. Asimismo, asegura que el área materia de desbosque es la mínima posible y que se llevará a cabo con la mejor tecnología, prácticas y métodos existentes para reducir al mínimo posible los impactos ambientales y sociales, incluyendo evitar las áreas de alto valor de conservación. Se indica igualmente el destino de los productos forestales extraídos.

No se autoriza desbosque en reservas de tierras para pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial.

La Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, dispone en el artículo 18.1, modificado por el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1078, lo siguiente:

Artículo 18.1.- Autoridades competentes de administración y ejecución, el Ministerio del Ambiente, las autoridades sectoriales nacionales, las autoridades regionales y las autoridades locales.

²⁴⁴ En el Perú, en setiembre de 1990 se promulgó el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales. Este Código, es una de sus disposiciones más importantes introduce el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) documento público, que obligatoriamente deben presentar quienes pretenden iniciar actividades que eventualmente pondrían en riesgo el medio ambiente: según la definición que contiene la Guía Técnica para la Elaboración del Estudio de Impacto Ambiental, aprobada por Resolución Ministerial N° 108-99—ITINCI/DM del 29 de setiembre de 1999, el IEA contiene la evaluación y descripción de los aspectos físico – químicos, naturales biológicos, socioeconómicos y culturales del área de influencia del proyecto, con la finalidad de determinar las condiciones existentes y capacidades del medio, analizar la naturaleza y magnitud del proyecto, midiendo y previniendo los efectos de su realización; indicando prioritariamente los medios de prevención de la contaminación, y por otro lado las de control de la contaminación para lograr un desarrollo armónico entre las actividades de la industria manufacturera y el ambiente.

Corresponde al Minam las funciones establecidas en el artículo 17° de la presente ley y su reglamento. Corresponde a las autoridades sectoriales emitir la certificación ambiental de los proyectos o actividades de alcance nacional o multiregional, en el ámbito de sus respectivas competencias. Corresponde a las autoridades regionales y locales, emitir la certificación ambiental de los proyectos que dentro del marco del proceso de descentralización resulten de su competencia.

Se cuestiona que los EIA sean aprobados por los mismos ministerios vinculados a determinadas actividades extractivas, como es el caso de la cartera de Energía y Minas, tanto más si se trata de estudios que son financiados y contratados por las empresas interesadas. Por eso se considera necesario y urgente que estas evaluaciones ambientales sean efectuadas por el Ministerio del Ambiente²⁴⁵.

5.6.8. Otorgamiento de títulos habilitantes en tierras de comunidades campesinas y nativas.

El artículo 65° de la ley en materia forestal reconoce la exclusividad sobre el uso y aprovechamiento de los bienes y servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación por parte de las comunidades campesinas y nativas dentro de sus tierras tituladas o cedidas en uso. Asimismo, el artículo 66° señala que para el acceso de los recursos forestales y de fauna silvestre en tierras de comunidades nativas y campesinas sean tituladas, posesionadas o bajo cesión en uso, la comunidad solicita permiso a la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, acompañando el acta de la asamblea comunal y el plan de manejo. Dicha acta acredita la representatividad del solicitante y el acuerdo del plan de manejo.

²⁴⁵ Otra Mirada 16 agosto 2012, www.otramirada.pe, publicado por el diario La República p. 8

Para el aprovechamiento de recursos forestales maderables, el plan de manejo se basa en la zonificación interna aprobada por la asamblea comunal. En esta zonificación se determina el área destinada a producción permanente de madera o bosque comunal de producción. No requiere ningún permiso el aprovechamiento para uso doméstico, autoconsumo o fines de subsistencia ni para actividades de ecoturismo.

5.6.9. Destino de los productos forestales decomisados.

Por disposición del artículo 84º de la Ley Forestal, los productos forestales decomisados que se comprueba que provienen de los bosques en tierras de las comunidades campesinas o nativas o cualquier producto forestal ilegal intervenido en dichas tierras se ponen a disposición de las autoridades locales para que, en coordinación con las autoridades comunales u organizaciones representativas, desarrollen acciones u obras con fines sociales para las mismas comunidades (infraestructura educativa, salud, a atención por emergencia frente a desastres naturales, etcétera). En ningún caso esta madera se vende.

La autoridad local, conjuntamente con la comunidad, informa el resultado de estas acciones y obras a la autoridad regional forestal y de fauna silvestre.

5.6.10. Gestión forestal en comunidades nativas y comunidades campesinas.

Por Decreto Supremo N° 021-2015-MINAGRI²⁴⁶, se aprueba el Reglamento para la Gestión Forestal y de Fauna Silvestre en Comunidades Nativas y Comunidades Campesinas. Conforme se

²⁴⁶ Publicado en una separata especial del diario El Peruano el 30.10.2015, conjuntamente con tres decretos supremos que reglamentan los diversos aspectos que contiene la Ley N° 29763, Ley de Forestal y de Fauna Silvestre.

precisa en uno de sus considerandos, este reglamento buscar dar el marco legal y adecuado de los recursos forestales y de fauna silvestre que se ubican en bosques, en tierras de comunidades nativas y comunidades campesinas, que tiene características particulares para el otorgamiento de derechos y la gestión del bosque comunal. Para esto se desarrollan alcances técnicos que reconocen sus conocimientos tradicionales, sus prácticas ancestrales y usos, dándoles un tratamiento diferenciado cuando el aprovechamiento es para subsistencia.

Dada la amplitud de disposiciones que contiene el indicado reglamento, aquí solo nos ocupamos de algunos de los aspectos más relevantes que contiene, en lo que atañe a la gestión forestal, dejando para otra ocasión lo relativo a la fauna que existe en los territorios de las comunidades nativas y comunidades campesinas.

Así tenemos que, en el marco de lo acontecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la ley, el Estado propicia la participación de las comunidades nativas, comunidades campesinas y pueblos indígenas u originarios, a través de sus organizaciones representativas, con la finalidad de proteger y garantizar los derechos colectivos de los pueblos, el respeto de su integridad y el enfoque de género²⁴⁷.

De conformidad con la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa y su reglamento, se realizan procesos de consulta previa, antes de la aprobación de cualquier medida que pudiese afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios²⁴⁸.

²⁴⁷ Artículo 6°

²⁴⁸ Artículo 7°

El reglamento establece que el SERFOR y las Autoridades Regionales Forestales y de Fauna Silvestre respetan los derechos colectivos de las comunidades nativas, campesinas y pueblos indígenas u originarios, aplicando lo dispuesto en la Ley Derecho a la Consulta Previa, de conformidad con el artículo 36° de la Ley.

La autorización de desboques en territorios comunales requerirá de un procedimiento de consulta previa en los casos contemplados en la Décima Quinta Disposición Complementaria Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 28785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC²⁴⁹.

Las autoridades competentes para la gestión forestal y de fauna silvestre en comunidades campesinas y comunidades nativas son:

- a) El SERFOR como la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre.
- b) El Gobierno Regional como la Autoridad Regional Forestal y de Fauna Silvestre (ARFFS) dentro de su ámbito territorial.
- c) El Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR) como el organismo encargado de supervisar y fiscalizar el aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre²⁵⁰.

La Unidad de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre (UGFFS) es la organización territorial regional de gestión, administración y control público de los recursos forestales y de fauna silvestre, que incluye los territorios de comunidades campesinas y comunidades nativas donde corresponde y está a cargo de la ARFFS.

²⁴⁹ Artículo 8°

²⁵⁰ Artículo 10°

El ámbito geográfico de distribución territorial para la creación de las UGFFS, es aprobado por las ARFFS, previa coordinación con los Gobiernos Locales, con participación de las comunidades campesinas, comunidades nativas, pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el artículo 21° de la ley. Los Gobiernos Locales emiten opinión, previo proceso participativo con los actores locales, entre ellos las comunidades campesinas, comunidades nativas y los pueblos indígenas u originarios²⁵¹.

Los Comités de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre, es un espacio de participación ciudadana creado con la finalidad de promover, procesos locales, para lograr una gestión participativa de los recursos forestales y de fauna silvestre, en concordancia con lo señalado en el artículo 22°.

Las comunidades nativas y comunidades campesinas titulares de títulos habilitantes, pueden participar en este espacio, si así lo consideran. El reglamento señala las acciones que desarrollan estos comités²⁵².

El Sistema Nacional de Información Forestal y de Fauna Silvestre (SNIFFS), es una red articulada de información de alcance nacional, creado para servir eficientemente a las personas vinculadas a la actividad forestal, de fauna silvestre y actividades conexas, para la toma de decisiones.

Las comunidades nativas y comunidades campesinas participan del SNIFF como usuarios y como fuente de información. El diseño del SNIFFS contempla mecanismos de

²⁵¹ Artículo 15°

²⁵² Artículo 17°

acceso y contenidos de información útiles para la gestión forestal y de fauna silvestre en comunidades. Los representantes de los pueblos indígenas u originarios, comunidades nativas, comunidades campesinas u otro ciudadano o ciudadana interesado podrán solicitar acceso a la información contenida en el SNIFFS, de conformidad con la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública²⁵³.

5.6.10.1. Participación de las comunidades campesinas y comunidades nativas en la zonificación forestal.

La zonificación forestal constituye un proceso obligado técnico y participativo de delimitación de tierras forestales, conforme se dispone en el artículo 26° de la ley.

La zonificación forestal es la base técnica vinculante sobre la cual se determinan las diferentes unidades de ordenamiento forestal establecidos en la ley, que incluyen los bosques en comunidades campesinas y comunidades nativas.

Para efectos de la implementación del proceso de zonificación forestal, se constituye un comité técnico donde participan representantes de instituciones públicas, un especialista de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, en lo referente a los territorios comunales en propiedad, posesión ancestral y tradicional²⁵⁴.

²⁵³ Artículo 18°

²⁵⁴ Artículo 20°

5.6.10.2. Bosques en tierras de comunidades campesinas y comunidades nativas como parte de las unidades de ordenamiento forestal.

Son bosques que se encuentran en el interior de las tierras o territorios comunales de las comunidades campesinas y comunidades nativas tituladas, cedidas en uso o posesionarias en trámite, y se rigen a lo establecido en el artículo 89° de la Constitución Política del Perú, literal c) del artículo 28°, los artículos 75°, 66°, 91°, la Novena y la Décima Disposición Complementaria Final, la Undécima, Duodécima y Décima Tercera Disposición Complementaria Transitoria de la ley y las disposiciones previstas en el Reglamento para la Gestión Forestal en lo que corresponda.

Los bosques ubicados dentro de las comunidades que se encuentran en trámite de reconocimiento de titulación o de ampliación territorial son reconocidas por la ARFFS como unidades transitorias, hasta que se concluya con el respectivo proceso de titulación o de ampliación según corresponda. Esto no implica el reconocimiento de derechos de propiedad o cesión en uso, los cuales deben seguir el procedimiento establecido en la legislación sobre la materia²⁵⁵.

5.6.10.3. Títulos habilitantes en comunidades campesinas y comunidades nativas.

Los títulos habilitantes otorgadas a comunidades campesinas y comunidades nativas son actos administrativos otorgados por la autoridad forestal y de fauna silvestre, que les permite acceder, a través de

²⁵⁵ Artículo 21°

planes de manejo, al aprovechamiento sostenible de los recursos forestales, de fauna silvestre y los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre existentes en el territorio nacional.

Los títulos habilitantes para el manejo de los recursos forestales son:

- a. Permisos de aprovechamiento forestal para comunidades.
- b. Permiso de aprovechamiento forestal para comunidades posesionarias en proceso de reconocimiento, titulación o ampliación.
- c. Permiso para el aprovechamiento de los servicios de los ecosistemas forestales.
- d. Autorización para extracción de plantas medicinales.
- e. Autorización para extracción de vegetación acuática emergente o ribereña.
- f. Autorización para extracción de especies arbúsculas y herbáceas²⁵⁶.

5.6.10.4. Obligaciones de las comunidades campesinas o comunidades nativas con títulos habilitantes.

Las comunidades campesinas o comunidades nativas a las que se les ha otorgado título habilitantes asumen las siguientes obligaciones:

- a. Presentar el plan de manejo y cumplir con su implementación.
- b. Presentar un informe sobre la ejecución del plan de manejo.
- c. Cumplir con el pago por derecho de aprovechamiento.

²⁵⁶ Artículo 24°.

- d. Tener y mantener actualizado el libro de operaciones de acuerdo a los lineamientos aprobados por el SERFOR.
- e. Comunicar oportunamente a la ARFFS la suscripción de contratos con terceros.
- f. Garantizar que el manejo de especies exóticas no produzcan efectos negativos a nivel genético ni ecológico sobre las poblaciones silvestres nativas existentes en el área.
- g. Respetar a la ARFFS, al Ministerio de Salud y al Ministerio de Cultura, los avistamientos, vestigios, rastros, objetos o cualquier indicio que evidencie la presencia de pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial como los hallazgos arqueológicos, entre otras obligaciones²⁵⁷.

5.7. El recurso hídrico.

La hidrósfera es el conjunto de las aguas del planeta. Se calcula que la cantidad total de agua en el mundo es de unos 1,360'000,000 de kilómetros cúbicos, de los que el 37.2% se encuentra formando los océanos. De la cantidad restante, el 2.15% está congelada en los casquetes polares y en los glaciares, y la mayor parte del agua restante está en los lagos y en los ríos (0.0171%) o está bajo la superficie terrestre en forma de agua subterránea (0.625%). El vapor de agua presente en la atmósfera representa solo el 0.001%, pero su cantidad es vital, porque sin ella no habría vida en la tierra.

En el Perú, según el origen de los ríos tenemos tres vertientes hidrográficas; la del Pacífico, la del Atlántico y la del Titicaca. La vertiente más extensa es la del Pacífico, llamada así porque sus ríos desembocan en la costa. Sin embargo, sus ríos tienen corta extensión y solo tienen

²⁵⁷ Artículo 29°

caudal durante el periodo de lluvias en los andes (por eso se les llama ríos de curso irregular).

Los ríos de la vertiente del Atlántico son los más extensos y siempre tienen un gran caudal, pues nacen en la parte oriental de la Cordillera de los Andes, donde las lluvias son permanentes (por eso se les llama regulares). Los ríos de la vertiente del Titicaca son los que desembocan en este lago y son de corta extensión y regular caudal. De acuerdo a las estadísticas proporcionadas por el PLANAA-PERU 2011-2021²⁵⁸, el Perú cuenta con importantes recursos hídricos superficiales (lagos, lagunas, ríos, quebradas, manantiales, etc.) distribuidos en 159 unidades hidrográficas; conforman las tres grandes vertientes que caracterizan el territorio nacional, Pacífico (62 unidades), Atlántico (84 unidades) y Titicaca (13 unidades). El 30% de las cuencas hidrográficas se sitúan en zonas áridas, semiáridas y sub – húmedas secas, sometidas a diversos factores, tales como las variaciones climáticas y las actividades humanas.

5.7.1. La Ley de Recursos Hídricos.

La Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-AG; regulan el uso y gestión integrada de los recursos hídricos, incluyéndose dentro de ellos el agua superficial, subterránea, continental y los bienes asociados a ésta, extendiéndose al agua marítima y atmosférica²⁵⁹.

²⁵⁸ PLANAA – PERÚ 2011 – 2021, p. 446.

²⁵⁹ Con fecha 26 de junio del 2009, Gonzalo Tuanama Tuanama y 8099 ciudadanos interpuso demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29336, Ley de Recursos Hídricos, sosteniendo entre otros aspectos, que la norma cuestionada fue promulgada sin que se efectuara ninguna consulta a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Sostuvieron también que no se tomaron en cuenta los artículos 19, 30° y 32° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDP) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. El Tribunal Constitucional consideró “que la Ley N° 29338 no es una norma que tenga a los pueblos indígenas como únicos destinatarios. Tampoco una que regule directamente aspectos que tienen que ver con sus derechos colectivos. Dentro de la tipología de medidas de corte legislativo a la que nos referimos en el fundamento anterior, el Tribunal considera que la Ley N° 29338 pertenece al grupo de normas de alcance general que sólo indirectamente podrían implicar una afectación a los pueblos indígenas” (f. j. 28). A juicio del Tribunal, el hecho “que la Ley cuestionada no tenga por destinatarios exclusivos a los pueblos indígenas o que ella abstractamente considerada no afecte directamente sus derechos o intereses colectivos, no quiere decir que en su aplicación concreta puedan desencadenarse afectaciones directas o preverse que esto pueda

5.7.2. Principios.

Entre los principios que rigen el uso y gestión integrada de los recursos hídricos, destacan los siguientes:

- **Principio de respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas.**

En virtud de este principio, el Estado respeta los usos y costumbres de las comunidades campesinas y comunidades nativas, así como su derecho de utilizar las aguas que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga a la Ley. Promueve el conocimiento y tecnología ancestral del agua.

- **Principio de sostenibilidad.**

El Estado promueve y controla el aprovechamiento y conservación sostenible de los recursos hídricos previniendo la afectación de su calidad ambiental y de las condiciones naturales de su entorno, como parte del ecosistema donde se encuentran.

El uso y gestión sostenible del agua implica la integración equilibrada de los aspectos socioculturales, ambientales y económicos en el desarrollo nacional, así como la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

- **Principio Precautorio**

La ausencia de certeza absoluta sobre el peligro de daño grave o irreversible que amenace las fuentes de agua no constituye impedimento para adoptar medidas que impidan su degradación o extinción.

El Estado protege, supervisa y fiscaliza el agua en sus fuentes naturales o artificiales y en el estado en que se encuentre, líquido, sólido o gaseoso y en cualquier etapa del ciclo hidrológico.

ocurrir. Tampoco quiere decir que una desestimación de esta demanda de inconstitucionalidad impida que tales afectaciones directas derivadas de la aplicación de la Ley 29338, antes de ser ejecutadas, deban obligatoriamente ser consultadas a los pueblos indígenas” (f.j. 31). Por estas y otras consideraciones se declaró infundada la demanda (STC. Exp. N° 00025-2009-PI/TC).

5.7.3. Patrimonio de la Nación.

La Ley de Recursos Hídricos dispone que el agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua²⁶⁰.

5.7.4. Sistema nacional de gestión de los recursos hídricos.

La nueva normativa sobre recursos hídricos crea el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos; integran este sistema las siguientes entidades.

1. La Autoridad Nacional.
2. Los Ministerios del Ambiente; de Agricultura, de Vivienda, Construcción y Saneamiento; de Salud, de la Producción y de Energía y Minas.
3. Los gobiernos regionales y gobiernos locales a través de sus órganos competentes.
4. Las organizaciones de usuarios agrarios y no agrarios.
5. Las entidades operadoras de los sectores hidráulicos; de carácter sectorial y multisectorial.
6. Las comunidades campesinas y comunidades nativas y
7. Las entidades públicas vinculadas con la gestión de los recursos hídricos.

El representante de las comunidades campesinas y el representante de las comunidades nativas, también integra el Consejo Directivo de la Autoridad Nacional del Agua. Dichas comunidades acreditan sus representantes ante la Presidencia del

²⁶⁰ Artículo 2°

Consejo de Ministros, para su nombramiento mediante resolución suprema.

5.7.5. Organizaciones de usuarios: Comunidades campesinas y nativas.

Entre las formas de organización de los usuarios que comparten una fuente superficial o subterránea y un sistema hidráulico común, al lado de los comités, comuneros y juntas de usuarios figuran las comunidades campesinas y comunidades nativas. La Ley de Recursos Hídricos, en adelante la ley, establece que las comunidades campesinas y comunidades nativas se organizan en torno a sus fuentes naturales, microcuencas y subcuencas de acuerdo con sus usos y costumbres. Las organizaciones tradicionales de estas comunidades tienen los mismos derechos que las organizaciones de usuarios²⁶¹.

5.7.6. Derechos de uso de agua.

La ley señala que para usar el recurso agua, salvo el uso primario, se requiere contar con un derecho de uso otorgado por la Autoridad Administrativa del Agua, con participación del Consejo de Cuenca Regional o Interregional, según corresponda. Los derechos de uso de agua se otorgan, suspenden, modifican o extinguen por resolución administrativa de la Autoridad Nacional conforme a ley.

La ley indica que son derechos de uso de agua los siguientes:

1. Licencia de uso
2. Permiso de uso
3. Autorización de uso de agua²⁶².

²⁶¹ Artículo 32°

²⁶² Artículo 45°

5.7.7. Otros derechos de uso de agua.

Al ocuparse de otros tipos de derechos de uso de agua, la ley, contempla los derechos que tienen sobre el recurso hídrico las comunidades campesinas y las comunidades nativas; en este sentido señala que el Estado reconoce y respeta el derecho de las comunidades campesinas y comunidades nativas de utilizar las aguas existentes o que discurren por sus tierras, así como sobre las cuencas de donde nacen dichas aguas, tanto para fines económicos, de transporte, de supervisión y culturales, en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Perú, la normativa sobre comunidades y la ley.

Este derecho es imprescriptible, prevalente y se ejerce de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales de cada comunidad.

Ningún artículo de la ley debe interpretarse de modo que menoscabe, los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169º de la Organización Internacional de Trabajo²⁶³.

5.8. Caso Majes Sigwas II etapa.

Cabe mencionar aquí que, tanto la Municipalidad Provincial de Espinar como el Gobierno Regional del Cuzco, independientemente el uno del otro, interpusieron una demanda de amparo contra el Gobierno Regional de Arequipa, Proinversión y la Presidencia del Consejo de Ministros, procesos que fueron acumulados y tramitados como una sola causa. El motivo de la demanda era impedir la construcción de la represa de Angostura, conocida como “Proyecto Majes Sigwas II Etapa”, por constituir una amenaza a los derechos a la vida, a la salud, al desarrollo socioeconómico y al medio ambiente y la ecología de los habitantes de la provincia de Espinar.

²⁶³ Artículo 64º

Este caso llegó al Tribunal Constitucional vía recurso de queja interpuesto por el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, es decir, no precisamente por uno de los accionantes, sino más bien por uno de los demandados. El Tribunal en el tercer considerando de la sentencia expedida el 8 de noviembre del 2011 resolvió:

“(.....)

3. *Ordenar la realización de un nuevo y definitivo estudio técnico de balance hídrico integral, que será realizado en lo inmediato posible sobre iniciativa de las tres partes: Gobierno Nacional (Presidencia del Consejo de Ministros), Gobierno Regional del Cuzco y Gobierno Regional de Arequipa (....). Este deberá ser realizado y concluido por la Autoridad Nacional de Agua ANA y en su desarrollo podrá escuchar la sustentada opinión y el parecer profesional y académico de especialistas y técnicos de dichos gobiernos....”*

Mediante sendos escritos, la Municipalidad Provincial de Espinar y el Gobierno Regional del Cuzco, formularon al Alto Colegiado Constitucional solicitudes de aclaración a varios aspectos de la sentencia. Una de las preguntas era si en la elaboración del nuevo estudio de balance hídrico integral serían consultadas las comunidades campesinas de la provincia de Espinar, por estimar que serían afectadas por el déficit de agua; otra pregunta era si Proinversión está en la obligación de acatar lo establecido en el artículo 7.3º del Convenio 169º de la OIT; y, otra si Proinversión respetará los artículos 2.1 y 15.1º del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, al emitir la sentencia aclaratoria el 24 de enero del 2012, el Tribunal dio una respuesta ambigua a estas interrogantes, dejando a criterio del gobierno nacional y de los gobiernos regionales del Cuzco y Arequipa, permitir la participación de dichas comunidades campesinas, omitiéndose de esta manera dar cumplimiento a una de las obligaciones del Estado peruano, derivada de la aplicación del Convenio 169 de la OIT;

esto es lo referido al derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas directamente afectados con la ejecución del proyecto²⁶⁴.

En el caso sub examen, el Tribunal al resolver el amparo, no solucionó el problema de fondo y solo atinó a ordenar un nuevo estudio técnico, a fin de decidir la continuidad del proyecto, pero se olvidó de garantizar la participación de las comunidades campesinas de Espinar involucradas en este asunto. De esta manera el Colegiado incurrió en una grave omisión. De acuerdo con el artículo 7º de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarias; siendo las comunidades organizaciones de los tales pueblos, también les resulta aplicable la consulta previa dispuesta por el Convenio 169 de la OIT²⁶⁵.

5.9. El medio ambiente.

Desde la perspectiva de la Constitución se ha definido al medio ambiente como *“el mundo exterior que rodea a todos los seres vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales vivos e inanimados – sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que reflejan o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas animales y microorganismos)”*²⁶⁶.

“El medio ambiente se define como” (...) el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúan en el espacio y tiempo determinado, lo cual podría graficarse con la sumatoria de la

²⁶⁴ STC. Exp. N° 01939-2011-PA/TC. Ver al respecto también “Amparo en ejecución de sentencia aclaratoria del Exp. N° 01939-2011-PA/TC. Proyecto Majes Siguan II Etapa”- Comentario efectuado por Anibal Quiroga León, en Normas Legales, Revista Jurídica del Perú, N° 132, febrero 2012, p. 55 y ss.

²⁶⁵ MARTINEZ DEL AGUILA, Shana. “Análisis del caso Majes Siguan II a partir del Convenio N° 169 de la OIT y la STC Exp. N° 01939-2011-PA/TC. Gaceta Constitucional. Gaceta Jurídica, Tomo 48, 2012, pp 54-55.

²⁶⁶ STC. Exp. N° 0048-2004-PI/TC-Lima. F.J. 27.

*naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos*²⁶⁷.

5.9.1. Contaminación del medio ambiente.

Uno de los problemas más graves que afronta el medio ambiente es la contaminación de la atmósfera, el agua, el suelo y la destrucción del ecosistema de los bosques existentes en la superficie del planeta. El aire se contamina, con los gases que emanan de las chimeneas de las fábricas, de los tubos de escape de los automóviles y otras emisiones contaminantes, malos olores, etc. El agua se contamina con las aguas residuales procedentes del alcantarillado de las ciudades, con los derrames de petróleo en el mar y con los relaves de las minas. Muchas veces las muestras de agua determinan que los niveles de cianuro, arsénico, cobre, mercurio, etc, se encuentran por encima de los límites establecidos por la Autoridad Nacional del Agua (ANA). La contaminación de las cuencas hidrográficas que son fuentes captadoras de agua, afectan a las poblaciones y comunidades aledañas. Los reclamos abundan y existe jurisprudencia al respecto.

5.9.2. Deber del Estado de proteger al medio ambiente.

El artículo 67º de la Constitución establece la obligación del Estado de implementar una política nacional del ambiente. Esto implica la adopción de un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, con la finalidad de preservar y conservar el medio ambiente frente a las actividades humanas, bien sea que provengan del Estado o de particulares, que pudieran, afectarlo o deteriorarlo irreparablemente. Este conjunto de directivas debe permitir el desarrollo integral de las personas, de la generación actual y de las futuras, así como de

²⁶⁷ Idem.

las diversas actividades económicas. Esta responsabilidad estatal guarda relación con lo dispuesto en el numeral 22 del artículo 2º de la Constitución que reconoce el derecho fundamental de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida²⁶⁸.

5.9.3. Derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado.

La necesidad de mantener estándares ambientales adecuados, de evitar la degradación acelerada del planeta, de mejorar la calidad de vida de las personas garantizando la existencia de ecosistemas saludables y de conservar y aprovechar de manera sostenible los recursos naturales, ha llevado a que el derecho a un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la vida adquiera rango de derecho fundamental, y haya sido reconocido como tal en las constituciones de la mayoría de países de América Latina, en tanto se trata de algo que interesa a la humanidad entera.

Como es sabido, en materia de protección constitucional, existen dos corrientes de pensamiento; una de ellas es la corriente ambientalista. Según ésta, la preocupación del derecho por el medio ambiente tiene su fundamento en la necesidad de proteger la vida humana; y, por otro lado, también está la corriente ecologista, que considera a la naturaleza como bien jurídico, susceptible de ser protegido por sí misma por el derecho, siendo irrelevante, si el hombre tiene o no un interés directo en su protección, con lo cual estaríamos hablando de la existencia de una *Magna Charta de la Naturaleza*²⁶⁹; empero, la mayoría de

²⁶⁸ STC. Exp. N° 1206-2005-PA/TC.

²⁶⁹ Cabe recordar que el año 1975, Godofredo Stutzin, presentó a las Jornadas del Instituto de Docencia e Investigación Jurídica un trabajo titulado “La naturaleza: un nuevo sujeto de derecho”. Este trabajo fue leído posteriormente en las Primeras Jornadas Argentinas de Derecho y Administración Ambientales. Al respecto Stutzin señala: “Debo intercalar aquí que no soy el único que se ha interesado por esta idea. Cuando se dio a conocer mi trabajo en los EE.EE, me mandaron un libro del distinguido jurista Christopher Stone, profesor de la Universidad de California del Sur, con el título “deberían los árboles tener “standing”, es decir, calidad jurídica

constituciones se inscriben dentro de los planteamientos de la corriente *ius* ambientalista, siendo una de ellas la Constitución peruana, al colocar al medio ambiente dentro del capítulo de los derechos fundamentales.

5.10. La Constitución ecológica.

Si la denominada Constitución Económica se origina en el período de entre guerras y más en concreto, en la segunda post guerra²⁷⁰. El término Constitución Ecológica, es más reciente y se comienza a gestar a partir de la existencia de los derechos llamados de tercera generación²⁷¹. El Tribunal Constitucional señala *“Tomando en cuenta doctrina y jurisprudencia constitucional comparada, se ha denominado al conjunto de disposiciones de la Carta Fundamental, referidos a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente Constitución Ecológica”*. Según el Tribunal, forman parte de la Constitución Ecológica *“.. el artículo*

para demandar, tuve la gran satisfacción de encontrar en este libro, que no conocía, muchos de los conceptos contenidos en mi trabajo. Más aún, encontré en él un fallo de la Corte Suprema de los EE.UU, en cuyo voto de minoría se acoge (...) la noción de los derechos de la naturaleza. He sabido, además, que esta noción fue defendida hace poco en un coloquio sobre Derecho Ambiental del Instituto Max-Planck de Hamburgo por el profesor Englard..” Agrega este autor que “El reconocer a la naturaleza como titular de derechos respecto de bienes jurídicos ambientales no priva en absoluto al hombre de sus derechos humanos a un entorno sano e íntegro. Ambos derechos se refuerzan mutuamente y en muchos casos se harán valer conjuntamente. El ámbito del Derecho del Entorno no se achica, sino que agranda con la admisión de la naturaleza como parte interesada” (STUTZIN, Godofredo. “La naturaleza de los Derechos y los Derechos de la Naturaleza”, en cuadernos Agrarios, Lima – Perú, 1979, pp. 11-20).

Actualmente, la única Constitución en el mundo que reconoce los derechos de la naturaleza, es la Constitución de la República del Ecuador. Como anota Mario Melo”... constituye el avance más audaz de la Constitución gestada en Montecristi, reconocer a la Naturaleza como sujeto de derechos implicó romper con el criterio antropocéntrico, resumido por Ost para definir el sentido y el alcance del derecho”. Enseguida sostiene que “El reconocimiento constitucional de la personalidad jurídica de la Naturaleza o *Pachamama* constituye un corte en la historia del Derecho Constitucional contemporáneo, no sólo en lo referente a la protección de la naturaleza y el ambiente, sino también respecto a los sujetos de derechos. La Constitución ecológica ecuatoriana busca ir más allá del fundamento que el constitucionalismo clásico, basado en el contrato social de cuño antropocéntrico, daba a los derechos, incluyendo “el contrato natural que es el acuerdo y la reciprocidad que deben existir entre los seres humanos y la tierra viva que nos da todo y a la que nosotros en retribución cuidamos y preservamos”. Declara asimismo, este autor que “Este nuevo paradigma, el de ver a la Naturaleza no como un “algo” sino como un “alguien” que tiene derechos, propicia nuevos debates filosóficos que cuestionan el racionalismo de la modernidad, que es en gran medida el motor ideológico que empuja la enorme depredación provocada por el predominio del lucro sobre el equilibrio en la relación de lo social con lo natural. Como agudamente analiza Enrique Leff, la ética del Sumak Kawayas y el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza, muestran al mundo que otros modos de vida son posibles”. (MELO Mario “Derechos de la Naturaleza, globalización y cambio climático en LINEA SUR 5, revista de política exterior, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana del Ecuador, May/Ago 2013, pp. 43-44. ”

²⁷⁰ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El Derecho Económico y Constitución Económica. Lima, Separata de la Revista Peruana de Derecho de la Empresa, p. 49.

²⁷¹ MARTÍNEZ V. Lucas. “El Medio ambiente en el constitucionalismo latinoamericano”, El Peruano del 7.10.1993, p. B-15.

68° de la Constitución que establece que los recursos naturales, renovables y no renovables son patrimonio de la nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento; el artículo 67° de la Constitución que dispone que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales; y, el artículo 68° de la Constitución que prescribe “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”; en esta línea, el artículo 69° señala “El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía”²⁷².

5.10.1. El derecho al medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

“Contenido esencial del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a señalar: 1) El derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) El derecho a que ese medio ambiente se preserve”²⁷³.

“Es responsabilidad del Estado la defensa y conservación del ambiente.

El artículo 67° de la Constitución establece la obligación perentoria del Estado de instituir la política nacional del ambiente. Ello implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo.

Esta política nacional - entendida como el conjunto de directivas para la acción orgánica del Estado a favor de la

²⁷² STC. Exp. N° 03343-2007-PA/TC, fj. 6.

²⁷³ STC. Exp. N° 0048-2004-PI/TC fj. 17.

defensa y conservación del ambiente – debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia. Esta responsabilidad estatal guarda relación con lo dispuesto en el artículo 2°, inciso 22) de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de toda persona “a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”²⁷⁴.

“Preservación del medio ambiente.

La particular naturaleza del compromiso que implica la preservación de un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, supone, necesariamente la participación de diversos sectores del poder público, además de la canalización de la participación de la propia ciudadanía. Tal es el sentido que subyace en el lineamiento de la política ambiental prevista en el artículo 1° del Código del Medio Ambiente Decreto Legislativo N° 613), según el cual es imperativo” (...) tomar en cuenta que el ambiente no solo constituye un sector de la realidad nacional, sino un todo integral de los sectores y actividades humanas. En tal sentido, las cuestiones y problemas ambientales deben ser consideradas y asumidas globalmente y al más alto nivel como cuestiones y problemas de política general, no pudiendo ninguna autoridad eximirse de tomar en consideración o de prestar su concurso a la conservación del medio ambiente y los recursos naturales”²⁷⁵.

²⁷⁴ STC Exp. N° 05719-2005-PA/TC, f.j. 31.

²⁷⁵ STC Exp. N° 00002-2003-CC/TC, f.j. 3.

5.11. Principios que rigen la relación entre la actividad económica y el derecho al medio ambiente.

La relación que existe entre la actividad económica y el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, se desenvuelve en términos de conflicto; esto ha dado lugar al establecimiento de principios o reglas que están destinados a garantizar una convivencia armónica entre ambos; con ello se busca garantizar que la intervención del hombre o de la empresa tenga un sentido de equilibrio o de responsabilidad social, evitando la producción de impactos negativos que alteren o afecten el medio ambiente.

Los principios del derecho ambiental han sido positivizados en el Título Preliminar de la Ley General del Ambiente. Entre ellos tenemos: a) el principio de sostenibilidad; b) el principio de prevención; c) el principio precautorio; d) el principio de responsabilidad ambiental; e) el principio de equidad; f) el principio de gobernanza ambiental. En la sentencia del caso regalías mineras, Exp. N° 0048-2004-PI/TC, el Tribunal Constitucional se refiere únicamente al principio precautorio y de prevención; pero después en el caso Cordillera Escalera, Exp. N° 03343-2007-PA/TC, hace mención a los principios de sostenibilidad, prevención, precaución, internacionalización de costos y solidaridad, este último principio no está contemplado en la Ley General del Ambiente. Nos ocupamos brevemente de estos principios:

a) Principio de sostenibilidad.

Este principio postula la necesidad de hacer un uso sostenible de los recursos naturales, es decir a un ritmo que no implique el agotamiento a corto o mediano plazo de dichos recursos, garantizando así la satisfacción de las necesidades de las generaciones actuales y futuras. Cabe recordar que la Comisión sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, más conocida como Comisión Brundtland, emitió un informe en el que utilizó el término desarrollo sostenible y lo definió como aquel

proceso en donde se asegura la satisfacción de las necesidades humanas del presente sin que se ponga en peligro la capacidad de las generaciones futuras, como bien lo recuerda Tito Puca, los tres pilares del desarrollo sostenible son el crecimiento económico, el desarrollo social y protección del ambiente²⁷⁶.

Para el Tribunal Constitucional *“la perspectiva de desarrollo sostenible busca equilibrar el esquema de la economía social de mercado con el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado. Es una maximización de las ganancias o utilidad frente a la calidad del entorno que sufre el desgaste de la actividad económica. En tal sentido, con el principio sostenibilidad (artículo V de la Ley General del Ambiente) se pretende medular esta actividad económica a la preservación del ambiente...”*²⁷⁷.

b) Principio de prevención.

Este principio está previsto en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente. El Tribunal Constitucional ha establecido que *“(..) Este principio de prevención se desprende de la faz prestacional inherente al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, lo que ha sido concretizado por el legislador ordinario. En tal sentido, es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra, así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana, en especial en la realización de la actividad económica. Más aún, el principio de prevención obliga al Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar los posible daños que se pueda ocasionar al medio ambiente”*²⁷⁸.

²⁷⁶ TITO PUCA, Yolanda Soledad. “El proceso de amparo y los principios del derecho ambiental”, Diálogo con la Jurisprudencia N° 127, abril año 14. p.35

²⁷⁷ STC Exp. N° 03343-2007-PA/TC. pj.14.

²⁷⁸ STC Exp. N° 01206-2005-PA/TC.

Teleológicamente lo que se persigue con la aplicación de este principio es evitar la consumación de daños al medio ambiente que pueden ser graves o irreparables, que solo se podrían mitigar con la imposición de sanciones pecuniarias que serían poco útiles, sino son destinadas a fines de conservación ambiental²⁷⁹.

c) Principio precautorio

Cuando exista peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe ser un pretexto para no adoptar medidas idóneas y eficaces para evitar la degradación del ambiente. A diferencia del principio de prevención, que tiene como finalidad prevenir daños que se conoce ocurrirán en el ambiente, el de precaución debe utilizarse ante la falta de certidumbre científica de una amenaza a los elementos que componen el medio ambiente; es decir, aquí no rige aquel principio que aconseja abstenerse en la duda, pues se torna ineludible adoptar acciones para evitar riesgos o daños.

El principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) dispone que “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adaptación de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

En el caso NEXTEL DEL PERU S.A., la jurisprudencia constitucional, ha puesto en evidencia que el principio precautorio,

²⁷⁹ LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. “Derecho Ambiental Contemporáneo. Crisis y Desafíos, Ediciones Legales. 2011, pp 145-146.

no solo se aplica para evitar daños “ecológicamente puros”²⁸⁰, pues, en este caso de amparo se consideró que tal principio se debe aplicar ante el peligro de daños irreversibles a la salud por efectos de la contaminación electromagnética que se podría producir si los equipos y antenas telefónicas se instalan cerca de hospitales, escuelas o zonas residenciales²⁸¹.

d) Principio de internalización de costos.

En virtud de este principio, toda persona natural o jurídica, no puede exonerarse de asumir el costo de los riesgos o daños que ocasione al medio ambiente. Algunos autores consideran que con la aplicación de este principio, no se está pagando por contaminar, lo que implicaría una autorización tácita para ello, sino internalizando los costos de los daños inferidos al medio ambiente, con motivo de la actividad desarrollada por el agente contaminador²⁸².

e) Principio de responsabilidad ambiental

Este principio está destinado a aplicarse en la eventualidad de haberse producido algún deterioro en el medio ambiente y sus elementos y apunta a que los responsables se vean obligados a adoptar medidas para su restauración y, cuando ello no fuera posible, a compensar los daños generados al entorno, sin perjuicio de otras responsabilidades; ya sea de carácter civil, administrativo o penal a que hubiera lugar²⁸³.

f) Principio de equidad.

El diseño y la aplicación de las políticas públicas ambientales deben contribuir a erradicar la pobreza y reducir las inequidades sociales y

²⁸⁰ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, “Nuevos límites del principio precautorio en el Perú”, Jurídica, suplemento legal del diario El Peruano, 7.8.2007; p.7.

²⁸¹ STC. Exp. 0964-2002-PA/TC.

²⁸² LAMADRID UBILLÚS Alejandro, op. cit. p. 171.

²⁸³ TITO PUCA, Yolanda, op. cit. p. 35.

económicas existentes, y al desarrollo económico sostenible de las poblaciones menos favorecidas.

Este criterio se encuentra contenido en el principio 3 de la Declaración de Río de 1992, está orientado a servir como un mecanismo para reducir inequidades sociales, al haberse comprobado en la realidad que los problemas ambientales afectan a los grupos sociales menos favorecidos (comunidades campesinas y nativas) y en ese sentido cabe hacer esfuerzos a partir del marco legal para atenuar o eliminar esas desigualdades, en pro de una sociedad inclusiva y solidaria.

g) Principio de gobernanza ambiental.

El diseño y aplicación de las políticas públicas ambientales, se rigen por el principio de gobernanza ambiental, que conduce a la armonización de las políticas, instituciones, normas, procedimientos, herramientas e información, de manera tal que sea posible la participación efectiva e integrada de los actores públicos y privados en la toma de decisiones, manejo de conflictos y construcción de consensos, sobre la base de responsabilidades claramente definidas, a fin de lograr seguridad jurídica y transparencia.

h) Principio de solidaridad.

El Tribunal Constitucional ha precisado que *“La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial. El principio de solidaridad promueve el cumplimiento de un conjunto de deberes a saber:*

- a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. En esta orientación se alude a la necesidad de verificar una pluralidad de*

conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social”.

- b) *El deber del núcleo dirigenal de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin menguar de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales”²⁸⁴.*

Estos principios incardinan y sirven como complemento ideal al principio referido a la defensa del equilibrio ecológico, la preservación y el uso racional de los recursos naturales, contenido en el artículo 3º de la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas. Como hemos expuesto supra, la defensa del equilibrio ecológico y la preservación de los recursos naturales, es algo que interesa a todos, pero en el caso de las comunidades y poblaciones indígenas, la preocupación es mayor, debido a que son ellos los que están en interrelación permanente con estos elementos de la naturaleza. Por ser las comunidades depositarias del interés colectivo están legitimadas para promover acciones judiciales en defensa de su hábitat.

5.12. El amparo y el derecho a un ambiente adecuado.

Actualmente las demandas de amparo ambiental son consideradas pretensiones colectivas o difusas. Como señala el Tribunal Constitucional *“La satisfacción del derecho de uno de los integrantes de tal comunidad implica la satisfacción del resto de sujetos de dicha colectividad”²⁸⁵*. El artículo 39º del Código Procesal Constitucional establece “que puede interponer demanda de amparo, cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las

²⁸⁴ STC Exp.2945-2003-PA/TC y STC Exp.Nº2016-2014-PA/TC

²⁸⁵ STC. Exp. Nº 05270-2005-PA/TC. f.j. 7.

entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos...”²⁸⁶.

El Colegiado Constitucional, ha determinado *“que en las demandas de amparo por amenaza o vulneración del derecho al ambiente adecuado y equilibrado y el derecho a la salud (siendo que ambos detentan un “especial valor material”), se exige al juez “el desarrollo intenso de las potestades de investigación a efectos de esclarecer todos los extremos de la controversia”* (considerando 5 de la STC. Exp. N° 02682-2005-|PA/TC). Por lo tanto, el Colegiado concluyó en aquella resolución *“que para este tipo de casos el artículo 9º del C.P. Const, debía ser interpretado a la luz de la Constitución y la finalidad de los procesos constitucionales (artículo II del C.P. Const., requiriéndoles “una adecuada actividad probatoria” sin que ello implique declarar la improcedencia por falta de idoneidad del amparo”*.

Son innumerables los casos de amparo ambiental que se han ventilado en la jurisdicción constitucional, cabe mencionar entre ellos, el de la Minera “La Zanja”, SR.L., interpuesto por la Municipalidad Distrital de Pulán – Santa Cruz, STC Exp. N° 01848-2011-PA/TC; el de la Cordillera Escalera STC. 03345-2007-PA/TC; el del caso Nextel del Perú S.A, STC N° 0064-2002-PA/TC y muchos otros²⁸⁷. Cabe señalar que tratándose de comunidades campesinas o comunidades nativas, no es necesario para interponer demandas en este tipo de procesos contar con reconocimiento oficial o personería jurídica inscrita en los registros

²⁸⁶ Sobre los derechos difusos y derechos colectivos, FERRER MAC GREGOR sostiene que *“(ambos tipos de derechos) comparten los mismos problemas jurídicos y se refieren a bienes indivisibles (aire, paisaje, medio ambiente sano, etc). Su distinción fundamental consiste en que los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes, en cambio, los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos.*

Así, los miembros del conglomerado que tiene un interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables” (juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos. DF, Porrúa, México, 2003, p. 12.

²⁸⁷ Están por ejemplo, los casos “Cerro Quilish”, “Humedades de Villa María”, “Cuenca del Mazán”, etc. Véase al respecto: JIMENEZ VIVAS, Javier, “Alcances y efectos de las sentencias del TC en materia ambiental. Un análisis caso por caso”, en Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional, Tomo N° 76, pp. 133 – 155.

públicos, debido a que, en primer lugar, estén inscritas o no, a dichas comunidades el artículo 89º de la Constitución los reconoce personalidad jurídica; y en segundo lugar, las comunidades pueden acceder a través de cualquiera de sus integrantes, sean o no representantes de las mismas, pues, como ha quedado establecido, el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado es de carácter difuso.

CAPITULO VI

PUEBLOS INDÍGENAS Y CONSULTA PREVIA

6.1. Pueblos indígenas.

Antes de ocuparnos de lo que en el derecho internacional se conoce como pueblos indígenas y tribales en países independientes, es menester aclarar que se suele confundir los vocablos indio e indígena; el primero es de origen europeo. Colón el navegante genovés les endilgó el gentilicio de indios a los aborígenes del nuevo continente, al confundirlos con los habitantes de la India, continente al que él, en un primer momento creyó haber descubierto. El segundo es un concepto que alude a alguien que habita un determinado lugar o espacio geográfico²⁸⁸, siendo ésta también la definición que se utiliza en el derecho internacional²⁸⁹. No olvidemos que los territorios conquistados por los españoles llegaron a ser conocidos con el nombre de Indias Occidentales.

En nuestro país, la Ley N° 29421 declara el 12 de octubre día de los pueblos originarios y del diálogo intercultural. Poblaciones originarias, son aquellas que habitaron en el territorio nacional antes de la conquista, y que conservan su identidad étnica y cultural, sus propias instituciones, etc. En el Perú estas poblaciones originarias, no son otras que las comunidades campesinas y las comunidades nativas.

Para efectos de su aplicación, el Convenio N° 169° de la OIT identifica a los pueblos indígenas y tribales en su artículo 1º, incisos 1) y 2) de la siguiente manera:

“Artículo 1º.- (...)

- a) Los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones, sociales, culturales y económicas las distingan de otros sectores de

²⁸⁸ LARA ADANAQUÉ, Noe: ¿Indígena viene de indio?. El Peruano, 26.10.2009, p.10.

²⁸⁹ ANAYA S. James. Los pueblos indígenas en el derecho internacional, Editorial Trotta, Universidad Internacional de Andalucía, 2005, p. 26.

la colectividad nacional y que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

- b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

El Convenio en el inciso 2) del citado artículo considera que “la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio”. Esto nos permite concluir que la identidad cultural, no solo es una cuestión de raza u origen, sino que se trata de algo que también forma parte de la estructura mental de las poblaciones indígenas, pues, no solo las relaciona con su hábitat, con su historia, con sus valores, creencias, idioma, etc., sino que además autodetermina a estos pueblos a identificarse como grupo cultural diferenciado y a sentirse cómodo u orgulloso de ello. Sólo así es posible que se hagan merecedores del reconocimiento de la comunidad internacional²⁹⁰.

El apego a la tierra agrícola no es algo que ahora identifique a los pueblos indígenas como colectividades sociales, sino más bien el aspecto cultural que está más ligado al concepto de territorio o jurisdicción indígena, donde obviamente concurren elementos y actividades distintas a las puramente agrícolas; esto último mayormente se identifica con lo

²⁹⁰ De acuerdo al Convenio de la OIT, los elementos que identifican a un pueblo indígena incluyen:

- Continuidad histórica, es decir que son ciudades anteriores a la conquista o la colonización.
- Conexión territorial (sus ancestros habitaban el país o la región).
- Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales, distintivas (retienen algunas o todas sus instituciones propias). Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT, Programa para promover el Convenio N° 169 de la OIT (PRO. 169) Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, p. 9

campestre o con el término campesino, muy en boga durante la reforma agraria del general Juan Velasco, en cuyo gobierno inclusive se institucionalizó el 24 de junio de cada año como día del campesino, gesto que fue visto como un acto de reivindicación histórica por todos aquellos que a partir de ese momento se sintieron felices de ser llamados campesinos en vez de indígenas, definición que ahora ha sido dejada de lado para retomar lo indígena²⁹¹ que se identifica con los pueblos indígenas a los que se refiere el Convenio 169 de la OIT.

6.1.1. Situación de los pueblos indígenas en el Perú.

Con motivo de la aplicación en el territorio nacional de las normas que regulan el derecho a la consulta previa e informada, algunos representantes del gobierno peruano sostienen que solo califican como pueblos indígenas las etnias de la amazonia. A las comunidades campesinas se les deja de lado y desprotegidas por ser según dicen poblaciones mestizas.

Con ello no solo se desconoce el derecho que tienen las comunidades campesinas como pueblos indígenas a ser consultadas sobre decisiones gubernamentales que pueden afectarlas, sino que también se pretende negar la condición que tiene el Perú de ser un Estado multicultural y pluriétnico, en abierta contradicción con lo que establece el artículo 2º.19 de la Constitución, en virtud del cual, el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al señalar *“que la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarias y ancestrales del Perú”*²⁹².

²⁹¹ MARAPI, Ricardo: “Identidades Indígenas, de indio a campesino, de campesino a indígena”, La Revista Agraria, año 13, Junio del 2012, p.7.

²⁹² STC Exp. N° 0042-2004-AL/TC FJ.1

No podemos dejar de reconocer que el rostro del Perú diverso ha cambiado, a partir de las reformas velasquistas y de las migraciones internas que se dieron en la década de los ochenta del siglo pasado, que abrieron paso al predominio de los mestizos sobre los indígenas, pero no por ello puede decirse que no existe diversidad étnica y cultural en nuestro país. Allí están, por ejemplo, las comunidades altoandinas, algunas comunidades de la costa, así como las nacionalidades quechua y aimara, aunque como dice Mazzoti, estas últimas siguen siendo acorraladas por un cada vez más creciente mestizaje hispano hablante²⁹³.

Como se sabe, el fenómeno del mestizaje racial, caracterizado por el cruce de razas, se inició después de la conquista. Las razas que intervinieron en este proceso fueron: La blanca representada por los españoles, la amerindia, cobriza o americana, representada por la población autóctona del antiguo Perú y la raza negra, representada por los esclavos africanos traídos por los españoles. El inmigrante español se unió con la mujer amerindia y de esta unión nacieron los mestizos. De la unión del blanco español con la mujer negra nació el mulato. De la unión del negro con la mujer amerindia se produjo el zambo²⁹⁴.

En el plano del derecho internacional, la declaración de cobertura de la OIT es muy usada como un principio rector general en procesos nacionales y regionales para identificar a los pueblos indígenas. Es un criterio pragmático que se aplica,

²⁹³ MAZZOTI, José Antonio: “¿Todas las sangres? Etnicidades y jerarquías en el Perú actual”. Revista Identidades, publicada por el diario “La República”, 1.12.2003, p.6

²⁹⁴ Favian Vallas sostiene que “la gran diferencia que existe entre los indígenas peruanos de los de Ecuador y Bolivia, es que el Perú experimentó en el siglo XX un proceso de cholificación en que nuestros indígenas se volvieron cholos al asumir una cultura urbana” (artículo publicado en el diario El Peruano el 17.06.2005 pp 8 y 9). Para Martín Tanaka, la pregunta sobre la identidad andina sigue abierta; este analista político considera que “En el momento actual, como consecuencia de la dinámica de la migración, de los municipios rurales, la politización de los espacios locales, la expansión de las actividades extractivas, la imagen de lo andino está en redefinición. Pero todavía no aparecen visiones articuladas capaces de superar del todo visiones previas. La pregunta por la identidad andina “sigue abierta” (sobre lo andino, artículo publicado en el diario La República. 27.2.2011, p. 15).

teniendo en cuenta que algunos países no se refieren a pueblos “indígenas” o “tribales”, sino que usan términos locales o nacionales; y, en algunos casos estos términos hacen referencia al lugar donde viven los pueblos o a como se ganan el sustento tradicionalmente. También se considera la creciente cantidad de migrantes indígenas que se mudan a zonas urbanas, donde asumen nuevas formas de expresar su identidad, dando lugar a la transformación de las estructuras comunitarias tradicionales y la aparición de comunidades extendidas²⁹⁵.

No por el hecho de haberse convertido nuestras comunidades campesinas en comunidades extendidas como dice la OIT, dejan de ser consideradas como pueblos indígenas. Estas comunidades poseen un legado histórico y cultural que se expresa a través de costumbres, creencias, valores e instituciones que son compartidas por todos sus integrantes y que son el fiel reflejo de su identidad.

6.1.2. Pueblos indígenas y pueblos tradicionales.

Tal como ha quedado expuesto los pueblos indígenas son aquellos pueblos que ya existían antes de la formación del Estado, que se autoreconocen como tales, mantienen una cultura propia y viven en un determinado territorio. En ocasiones para no utilizar el vocablo indígena al que algunos consideran impropio, se prefiere hablar de pueblos originarios; con ello se alude también a aquellas colectividades humanas, que del etnocidio del régimen colonial pasaron a un régimen republicano de exclusión y de olvido, tan odioso como el de su antecesor histórico, encomendero y virreinal.

²⁹⁵ “Los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Práctica. Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT Departamento de Normas Internacionales del Trabajo”, 2009, op. cit .p.13

Apartándose de la definición adoptada por el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el gobierno peruano emitió la Directiva N° 021-99-COFOPRI “Normas Complementarias para la Formalización de Pueblos Tradicionales”; aprobada por Resolución Ministerial N° 301-99-MTC/1501, con la que se introdujo en nuestro país una nueva categoría de pueblos: “los tradicionales” y los definió como “comunidades con identidad, costumbres y tradiciones propias, establecidas de manera progresiva sobre terrenos públicos y privados, desde tiempos inmemorables y en menor proporción a mediados del siglo XX, en algunos casos constituidos y reconocidos con posterioridad como capital de distrito, anexo, centro poblado o cualquier otra definición afín, cuyos pobladores cuentan con títulos de propiedad imperfectos basados en la tradición, uso y costumbres y que no pueden acceder a la inscripción registral”.

La Conferencia Permanente de los Pueblos Indígenas del Perú (Copip) interpuso una queja administrativa contra la mencionada directiva, alegaban que ésta afectaba el derecho de propiedad de las comunidades campesinas y nativas consagrado en el artículo 70° de la Constitución Política, al ser la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) la que asumía la titularidad de los terrenos estatales, fiscales y municipales ocupados por pueblos tradicionales.

La Defensoría del Pueblo expresó su preocupación al Coordinador Nacional de COFOPRI, porque la vigencia de la mencionada directiva podría propiciar que algunas poblaciones interpretándola erróneamente, se autodenominen “pueblos tradicionales” e invadan tierras de comunidades campesinas y nativas para luego solicitar títulos de propiedad sobre éstas. Ante

este reclamo y adoptando la recomendación de la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Justicia derogó el artículo primero de la cuestionada directiva, con lo que se puso punto final a este curioso experimento.

6.1.3. Los pueblos indígenas en el derecho internacional.

El tema de la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, es producto de la evolución histórica del derecho internacional de los derechos humanos. Estos derechos, de una inicial concepción individualista inspirada en el constitucionalismo clásico del siglo XVIII, considerados como derechos de primera generación, en una segunda fase de su desarrollo incorporaron derechos económicos y sociales, llamados de segunda generación provenientes del constitucionalismo social, siendo de última data los derechos de tercera generación, entre estos el derecho al desarrollo, al medio ambiente, al patrimonio cultural, etc. Algunos de estos últimos derechos encajan dentro de la clasificación de derechos colectivos y derechos difusos.

En el orden internacional había la necesidad de reconocer la existencia de una categoría especial de derechos humanos, los derechos colectivos de los pueblos indígenas existentes en diversas latitudes y de encontrar nuevas formas de tutela para garantizarlos. Ello implicaba cubrir el vacío que significaba dejar desprotegido el derecho a la diversidad étnica y cultural de esos pueblos; diversidad que se sustenta en otros derechos de la misma clase, a los que dada su naturaleza humana se les asigna el carácter de derecho fundamental. Cabe mencionar aquí, entre ellos, al derecho a la libre determinación, al territorio, a mantener

sus costumbres, tradiciones e instituciones, a los recursos naturales, a la consulta previa, etc.²⁹⁶.

La comunidad jurídica internacional adquiere la certidumbre de que los pueblos indígenas, cuyos orígenes son anteriores al Estado, tienen unos derechos y una autonomía que no se pueden soslayar y que merecen ser protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Estos pueblos son portadores de derechos colectivos que les permiten conservar su individualidad sociocultural diferenciándose de otras formas de organización social existentes dentro de un mismo Estado. Así tenemos pueblos indígenas administrando sus respectivos territorios, de acuerdo a sus propias costumbres y valores ancestrales.

La dimensión colectiva de los derechos de los pueblos indígenas, se debe al hecho de que éstos se relacionan en mayor medida con la comunidad, y por lo tanto, si bien la titularidad de tales derechos no es ajena a los individuos que conforman estos pueblos y que están unidos por intereses y valores comunes, esa titularidad recae más bien en el ente colectivo. De esta manera, los pueblos indígenas han pasado a ser sujetos del derecho internacional, algo que antes solo correspondía a los estados.

Ha sido largo el camino que han tenido que recorrer los pueblos indígenas para lograr el reconocimiento de sus derechos

²⁹⁶ Acerca del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito internacional ANAYA .S.James, afirma que: “El sistema internacional contemporáneo reconoce abiertamente ahora que es un imperativo de derechos humanos dar respuesta a la demanda de los pueblos indígenas. Este reconocimiento ha dado lugar al esfuerzo sostenido de las instituciones internacionales a favor de los pueblos indígenas, así como la aparición de un conjunto de normas que desarrollan los principios de derechos humanos ya existentes en relación con estos pueblos. El régimen internacional de derechos indígenas entra en tensión con nociones de soberanía estatal que continúan siendo fundamentales para el sistema internacional y que tienden a mermar la preocupación internacional por los derechos humanos. Además, el nuevo régimen cuestiona el énfasis tradicional en los derechos de los individuos en el sistema de derechos humanos, por contraposición a los derechos colectivos de los grupos, sea como sea, lo cierto es que puede hablarse ahora de un régimen de derechos indígenas dentro del derecho internacional de los derechos humanos; un régimen todavía en desarrollo y que, en cierta medida beneficia a los pueblos indígenas”, op. cit. p. 30.

colectivos por parte del sistema internacional. Así, por ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por Naciones Unidas en diciembre de 1948, no se hace mención a los derechos de estos pueblos. Esto se debió quizás a que en aquel momento ni siquiera se avizoraba la existencia de un régimen de derechos colectivos indígenas en el derecho internacional, ni se prestaba mucha atención a todo lo que tenga que ver con estos temas²⁹⁷.

En materia de reconocimiento y protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas, se considera precursor al Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1957, sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los países Independientes. Este instrumento internacional reconoce, entre otros, el derecho a mantener sus propias costumbres e instituciones (art. 7º inc. 2); el derecho de propiedad sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por los mismos (art. 11º). etc.

Sin embargo, este primer convenio contenía un esquema de protección todavía incipiente, pues no alcanzó a configurar un marco jurídico institucional capaz de albergar normas protectoras de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, toda vez que sus disposiciones se circunscriben al reconocimiento y protección de los indígenas considerandos como individuos y no como grupo humano organizado. Además, al propugnar la adopción de parte de los gobiernos de programas con miras a la protección de las poblaciones en mención y su integración progresiva en la vida de sus respectivos países, el convenio tuvo una impronta

²⁹⁷ FERRERO COSTA, Raúl. "Los Derechos Humanos. Mecanismos Internacionales de Protección en el sistema de las Naciones Unidas", Lima – Perú, 1980, p. 47.

asimilacionista, al abogar por la integración de los indígenas a la cultura dominante en sus respectivos países de origen²⁹⁸.

El 5 de febrero de 1952, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución General N° 543, que dispuso la elaboración de los Pactos de Derechos Humanos, los que una vez culminados deberían ser sometidos a la aprobación de la Asamblea General. Así se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que entró en vigor el 3 de enero de 1976 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁹⁹.

El último de los pactos nombrados entró en vigor el 23 de mayo de 1976; este instrumento de derechos humanos, en un solo artículo se refiere al derecho a la libre determinación de los pueblos, y en el artículo 27° se ocupa del derecho de las minorías, estableciendo que “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde en común con los demás miembros de sus grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma”.

La redacción del artículo 27° glosado, nos permite concluir que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no obstante estar referido al derecho de las minorías, en realidad lo que reconoce es el derecho de las personas que forman parte de esas minorías. El reconocimiento de derechos fundamentales individuales para los indígenas era insuficiente para proteger su cultura, sus costumbres, sus instituciones y otros derechos que no

²⁹⁸ ANAYA.S.James, op. cit. p. 90.

²⁹⁹ FERRERO COSTA, op. cit. p. 44.

solo atañen al individuo, sino fundamentalmente al grupo al que pertenece³⁰⁰.

6.1.4. EL Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.

Como ya hemos visto, en países de vieja civilización, el tema de la diversidad étnica y cultural está dado por la presencia de pueblos indígenas o comunidades que antecedieron y sobrevivieron al período de la colonización europea y la independencia de esos países, pero que no obtenían el reconocimiento de su existencia y de sus derechos como colectividades autónomas dentro de un determinado territorio³⁰¹.

Hasta después de la segunda guerra mundial, la diversidad de los pueblos indígenas no era vista como una realidad sociocultural que reclamaba una política de inclusión social y de trato igualitario, sino como un problema étnico – racial que debía solucionarse con la asimilación forzada de esos pueblos a un único patrón cultural occidental, asociado a la idea de la modernidad y de progreso. Recién en 1989, con la aprobación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, a nivel del derecho internacional de los derechos humanos se ha creado en la actualidad un orden jurídico que protege la diversidad cultural de los pueblos indígenas.

³⁰⁰ CABEDO MALLOL, Vicente. “El Reconocimiento del Pluralismo Étnico y Cultural en los Estados Iberoamericanos y El Sistema Internacional de los Derechos Indígenas”, en *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*, op. cit, pp 48-49.

³⁰¹ El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y Tribales, fue ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26253 del 26 de diciembre de 1993. entrando en vigor el 2 de febrero de 1995. Al ratificar el Convenio, los estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para garantizar a los pueblos y comunidades indígenas el goce efectivo de sus derechos fundamentales; esto es, a respetar su identidad étnica y cultural, sus instituciones y sus territorios ancestrales, a combatir la discriminación y a eliminar las desigualdades sociales y económicas, aunque en rigor esto no se cumple en nuestros país.

El Convenio no constituye una norma sobre derecho indígena, sino sobre derechos fundamentales de los pueblos indígenas, los que al ser entidades colectivas, sus derechos también lo son. El concepto de pueblos indígenas adoptado por el Convenio, en un comienzo generó dudas y recelos en los representantes de los gobiernos, al existir el riesgo de que estos pueblos puedan invocar el derecho a la libre determinación contemplado en la Carta de las Naciones Unidas como derecho de los estados, y con ello abrir paso a la secesión o reclamos de independencia para convertirse en otros tantos estados.

La duda fue disipada, al incorporarse en el texto del Convenio una disposición en la que se declara que “La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”³⁰².

Para algunos autores, en el derecho internacional, casi no tiene sentido hablar de derechos de los pueblos indígenas si estos no están referidos al derecho a la autodeterminación, al ser considerada la libre determinación de los pueblos un principio fundamental del orden jurídico internacional, sobre el cual se articulan o complementan los otros derechos fundamentales de esos pueblos³⁰³. Autodeterminarse es decidir sobre su propio destino, facultad que tiene toda colectividad humana organizada como pueblo. Sobre la autodeterminación de los pueblos indígenas o libre determinación de los pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional, siguiendo la tendencia predominante en el derecho internacional, se ha pronunciado de la siguiente manera:

³⁰² Artículo 1º, inc. b), parágrafo 3.

³⁰³ S. J. Anaya, op. cit, p. 27

“Tal autodeterminación de los pueblos indígenas, sin embargo, no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículo 43º y 54º de la Constitución) sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto. Entonces, la libre determinación es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervención de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en ejercicio de tal función no se vulnere derechos fundamentales de terceros...”³⁰⁴.

Con la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT, los derechos humanos, de su formulación primigenia de carácter individualista pasaron a una formulación colectiva aplicable únicamente a los pueblos indígenas, atendiendo a la vulnerabilidad y a las particularidades de éstos. El derecho internacional ha ideado mecanismos de protección jurídica acordes con la dimensión colectiva de los derechos de esos pueblos, no solo para proteger su diversidad cultural y su desarrollo, sino su propia supervivencia como conglomerados humanos diferentes.

El Convenio protege bienes colectivos de los pueblos indígenas, como la diversidad cultural, instituciones tradicionales, participación, consulta y consentimiento, derecho consuetudinario (sistemas penales y acceso a la justicia), tierra y territorios,

³⁰⁴ STC Exp. N° 03343-2007-PA/TC-LIMA, f.j. 33

recursos naturales, desarrollo, etc. El convenio establece también que los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.

La igualdad que reclaman los representantes de los pueblos indígenas es una igualdad de trato, en tanto se considera que los estados deben proporcionar o asignar recursos para mejorar las condiciones de vida de todos, sin discriminar a nadie por razón de raza o cultura, decimos esto, porque en el Perú existen comunidades ignoradas por el Estado, con grandes niveles de pobreza y en precarias condiciones de salubridad, de tal manera que se sienten desvinculados del resto del territorio nacional. Integrar esas comunidades respetando sus diferencias culturales, es lo que se necesita para que ellos puedan desenvolverse en las mismas condiciones que los demás.

6.1.5. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.

El 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la “Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas”. Esta declaración consta de 46 artículos y conforme se expresa en una parte de su redacción, constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas.

En el artículo 3º se declara que “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social, y cultural”. Empero, en el artículo 46º se aclara que “nada de lo contenido en la presente

Declaración se interpretará en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar total o parcialmente; la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”. De esta manera quedó superado el impase que por varios años retardó la aprobación de esta declaración en el seno de las Naciones Unidas.

Los derechos enunciados en los artículos de la Declaración son de dos clases: derechos de orden individual, como el derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona; y derechos colectivos, como el derecho a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos; el derecho de estos pueblos a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales; a no ser sometidos a toda forma de asimilación o integración forzada, etc.³⁰⁵.

Sobre la Declaración, el Tribunal Constitucional ha establecido que *“se trata de un instrumento de derecho internacional, debiendo considerarse de igual modo que se trata de una declaración y no de un tratado, por lo que no cabe la ratificación. No obstante ello, debe explicarse que las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto, al ser fruto de negociación y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas”*.

³⁰⁵ Vid. SHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo (editores). El desafío de la Declaración; Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas, Iwgia, Copenhague, 2000

El Tribunal sostiene que *“las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que en la comunidad internacional se conoce como soft law, esto es una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los estados, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes”*³⁰⁶.

6.1.6. Pueblos indígenas del Perú.

Al momento de concluir este capítulo de nuestro trabajo, el viceministro de Interculturalidad ha identificado la existencia de 52 pueblos indígenas u originarios del Perú, mencionándose en ese listado a los siguientes:

Pueblo Indígena	Otras denominaciones	Familia Lingüística
Achuar	Achual, achuare, achuale	Jíbaro
Aimara	Aru	Aru
Amahuaca	Yora	Pano
Arabela	Tapueyocuaca, chiripuno	Záparo
Asháninka	Campa, campa asháninka, campa de pichis	Arawak
Awajún	Aguaruna, aents, ahuajun	Jíbaro
Bora	Boora, miamuna, boro, miranha, miranya, miraña-carapaña - tapuyo	Bora
Capanahua	Nuquencaibo, buskipani	Pano
Cashinahua	Huni kuin, caxinahua, kachinagua	Pano
Chamicuro	Chamicura, chamicolos	Arawak
Chitonahua	Yora, murunahua	Pano

³⁰⁶ STC Exp. N° 0022-2009-PI/TC. ff.jj. 7-8.

Ese eja	Ese'ejja, huarayo, tiatinagua	Tacana
Harakbut	Amarakaeri, arazaeri, arasairi, huachipaeri, huachipayri, wacipari, kisamberi, pukirieri, puncuri, toyoeri, toioeri, toyeri, tuyune.	Harakbut
Iñapari	Iñapari, inamari, kushitireni	Arawat
Iquito	Ikito, iquito, amacacore, quiturran.	Záparo
Isconahua	Isconawa, iskobakebo	Pano
Jaqaru	Amara, tupino, aimara, central, cauqui, aru.	Aru
Jíbaro	Jibaro del río Corrientes, chiwaro, siwaro, chivari.	Jíbaro
Kakataibo	Cashibo – cacataibo, uni, unibo.	Pano
Kakinte	Campa kakinte, poyenisati	Arawak
Kandozi	Candoshi, chapra, chapara, murato.	Kandozi
Kichwa	Quichua, inga, lamas, llacuash	Quechua
Kukama – kukamiria	Cocama-cocamilla, Ucayali, xibitaona.	Tupí-guaraní
Madija	Culina, madiha, kulino, kolina, kollina, Karina.	Arawa
Maijuna	Orejón	Tucano
Marinahua	Onocoin, yora	Pano
Mashco Piro		Arawak
Mastanahua	Yora	Pano
Matsés	Mayorunga	Pano

Matsigenka	Machiguega, matsiguenga, machiganga, matsiganga.	Arawak
Muniche	Munichi	Muniche
Murui.muinani	Uitoto, huitoto	Huitoto
Nanti	Matsigenka	Arawak
Nomastsigenga	Nomachiguenga atiri, campá	Arawak
Ocaina	Dukaiya, dyo'xaiya	Huitoto
Omagua	Omagua yeté, ariana, pariana, anapia, macanipa, yhuata, umaua, cambeba, campeba, omaguino.	Tupí-guaraní
Quechua	Quechuahablante, chankas, chopccas, wankas, waris q'eros, cañaris.	Quechua
Resígaro	Resigero	Arawak
Secoya	Aido pai	Tucano
Sharanahua	Onicoin, yora	Pano
Shawi	Chayahuita, chayawita, campo-piyapi, tshahui, shayabit.	Cahuapana
Shipibo-konibo	Shipibo, joni, chioeo-conivo	Pano
Shiwilu	Jebero, chebero, xebero, shiwila	Cahuapana
Tikuna	Ticuna, duuxugu	Tikuna
Urarina	Itucali, kacha edze, itukale	Shimaco
Uro	Uru	Uru-chipaya
Vacacocha	Aushiri, a'éwa, awshira, abijira, abishira.	Záparo
Wampis	Huambiza, maina, shuarhuampis.	Jíbaro
Yagua	Yihamwo, nihamwo	Peba-yagua

Yaminahua	Nahua, yuminahua, yaminagua, jjamimawa, yora.	Pano
Yanesha	Amuesha, amage, amuexia, omage, amajo.	Arawak
Yine	Piro, pirro, pira, simirinche, chotaquiro	Arawak

6.2. Algunas consideraciones sobre la consulta previa.

6.2.1. Introducción.

El derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas se encuentra consagrado en los incisos 1) y 2) del artículo 6º del Convenio N° 169 de la OIT, cuyo tenor es el siguiente:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán:

- a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente.

(.....)

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

El citado Convenio en el inciso 2) del artículo 15º establece también que “en el caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo o tenga derechos sobre otros deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a

fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección u explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de sus actividades”.

En este sentido, cabe recordar que la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (Aidesep) presentó una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas para que cumpla con adecuar sus normas, reglamentos y directivas el texto del Convenio 169 de la OIT, en lo concerniente al derecho a la consulta, al sentirse las colectividades amazónicas afectadas en sus territorios con la contaminación derivada de la explotación de hidrocarburos.

El Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha 30 de junio de 2010, recaída en el expediente N° 05427-2009-PC/TC y en calidad de precedente vinculante, declaró fundada la demanda en el extremo que constituye un deber por parte de la demandada, el reglamentar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

El Tribunal ordenó al Ministerio de Energía y Minas, emitir un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT y el fundamento 60 de dicha sentencia. Asimismo, exhortó al Congreso a aprobar la ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y originarios. Es así que mediante Decreto

Supremo N° 023-2011-EM, el 12 de mayo de 2011 se publicó en el diario El Peruano el reglamento del procedimiento para la aplicación del derecho de consulta a los pueblos indígenas para las actividades minero energéticas³⁰⁷.

Es menester aclarar que antes de que Energía y Minas dicte el indicado reglamento, el artículo 7° de la Ley N° 26505, Ley de promoción de la inversión privada en el desarrollo de actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, ya había establecido la existencia de un acuerdo previo entre las comunidades y las empresas que se dedican a actividades extractivas en los territorios de esas comunidades, disponiendo la norma acotada que “la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se procesará en el reglamento de la presente ley. En el caso de servidumbre minera o de hidrocarburo, el propietario de la tierra será previamente indemnizado en efectivo por el titular de la actividad minera o de hidrocarburos, según valorización que incluya compensación por el eventual perjuicio, lo que se determinará por Resolución Suprema refrendada por los Ministros de Agricultura y de Energía y Minas”³⁰⁸.

El artículo 7° de la Ley N° 26505, ha sido reglamentado por el Decreto Supremo N° 017-96-AG publicado en el diario El Peruano el 18 de octubre de 1996. Este último dispositivo norma el procedimiento a seguir para la celebración del acuerdo con el propietario con miras a la utilización de tierras para los fines

³⁰⁷ Véase Derecho a la consulta a los pueblos indígenas. A propósito del Decreto Supremo N° 023-2011-EM, ¿entiende el sector minero – energético el verdadero espíritu de este derecho? MOLINA SOTOMAYOR, Yesica, Gloria. Gaceta Constitucional, Tomo 42, junio 2011, pp. 386-387.

³⁰⁸ Véase RUÍZ MOLLEDA, Juan Carlos. “Crítica al Acuerdo Previo” entre pueblos indígenas y empresas que realizan actividades extractivas en territorios indígenas”, Revista Jurídica del Perú, Normas Legales, N° 147, mayo 2013. p. 58.

mencionados en la ley reglamentada, así como para el transporte de hidrocarburos y minerales por ductos y lo relacionado con el establecimiento de servidumbre sobre tierras para la actividad minera.

Cuando se publicó la Ley N° 26505 el 18 de julio de 1995, el Convenio 169 de la OIT ya era aplicable en nuestro país, por lo que bien puede decirse que en muchos casos la consulta previa e informada ha sido sustituida e reemplazada por acuerdos previos, con los cuales han resultado beneficiadas las empresas extractivas y perjudicadas las comunidades al estar en desventaja frente a sus interlocutores en la negociación. Esto indudablemente conlleva a la destrucción o a la disminución de la calidad de vida de las minorías culturales que son las más débiles y vulnerables³⁰⁹.

6.2.2. El derecho a la consulta previa.

6.2.2.1. Definiciones.

El derecho a la consulta previa, viene a ser un derecho fundamental colectivo, cuya titularidad es exclusiva de los pueblos indígenas, no tiene un carácter difuso o indeterminado, pues pertenece a colectividades plenamente identificadas. Desde el punto de vista sociológico es visto como diálogo intercultural que tiene como protagonistas al Estado, a las minorías étnicas y a las empresas, a fin de que estas últimas asuman su responsabilidad social ante eventuales daños.

Este derecho tiene por finalidad solucionar impases que se presentan a raíz del surgimiento de conflictos socio ambientales, en los cuales están inmersos los

³⁰⁹ Véase GARZON VALDEZ, Ernesto. El problema ético de las minorías étnicas. En OLIVE, León (Compilador). Ética y diversidad. segunda edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 47

pueblos originarios o comunidades afectadas por la realización de actividades extractivas de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios ancestrales y que ponen en riesgo la existencia física de estos pueblos y su legado cultural.

La consulta previa no es un derecho expresamente reconocido en la Constitución y más bien tiene su origen en un Tratado Internacional de Derechos Humanos, como es el Convenio 169 de la OIT, y como tal forma parte del ordenamiento jurídico peruano, conforme lo indica el artículo 55º de la Constitución siendo de aplicación directa, sin ser necesaria una legislación interna que lo complemente o lo reglamente³¹⁰. Sin embargo, el Perú se ha convertido en el primer país en la región en crear un régimen legal complementario a dicho convenio, en lo que concierne a este tipo de consulta. La Ley N° 29785 define el derecho a la consulta como el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afectan directamente sus derechos colectivos (Art. 2º).

6.3. Naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa.

El derecho a la consulta previa y los otros derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales son expresiones del derecho a la autodeterminación que tienen estos pueblos. Si se les negara su derecho a la autodeterminación, los pueblos originarios o comunidades no tendrían base ni sustento jurídico para exigir el respeto a su territorio, a su existencia física, a su identidad cultural, a su propio desarrollo, a la

³¹⁰ STC Exp. 03343-2007-PA/TC. F.J. 31.

consulta previa e informada, etc. De ahí el carácter fundamental que se le asigna a este derecho³¹¹.

Recogiendo el sentir de la Comunidad Internacional, el derecho a la autodeterminación de las minorías culturales ha sido reconocido por la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI). Empero, hay quienes consideran que el derecho a la consulta previa tiene una partida de nacimiento distinta, pues sostienen que el Estado es el único ente investido de soberanía y autodeterminación.

También podría decirse de la consulta previa, que se trata de una prerrogativa que se deriva del derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Derecho que puede ser vulnerado o amenazado cuando el Estado autoriza actividades de exploración y explotación de los recursos del subsuelo ubicados en territorios indígenas.

En algunas sentencias, el Tribunal Constitucional se ha referido al derecho a la consulta previa como si éste fuera una concretización del derecho a la participación reconocido en el artículo 2.17 de la Constitución³¹² y, en otras sentencias este Colegiado dejando entrever que no tiene una posición clara y uniforme sobre este tema, ha estimado que se trata de un derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169 de la OIT.

Se trata de un derecho de naturaleza *sui generis*, pues, por un lado, es una forma de participación o un derecho a expresarse que se les reconoce solo a los pueblos o comunidades indígenas ante situaciones que pueden afectarles; y de otro lado, es un derecho que se origina a

³¹¹ STC. Exp. 3343-2007-PA/TC.

³¹² STC Exp. 6316-2008-PA/TC y STC Exp. 5427-2009-PC/TC.

partir de su reconocimiento en un tratado internacional que se ocupa de los derechos colectivos de esas minorías. La OIT considera que “el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio N° 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo”³¹³.

6.4. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa.

En la sentencia recaída en el Expediente N° 0022-2009-PI/TC- Lima, el Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa, definiéndolo de la siguiente manera:

- “37. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa: I) el acceso a la consulta; II) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y III) la garantía del cumplimiento de los acuerdos aprobados en la consulta. No forman parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.*
- 38. En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería posible de ser afectado.*
- 39. En lo que respecta al segundo supuesto indicado, debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características sensibles establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya*

³¹³ Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT, op. cit. p. 110

sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas.

40. *El tercer supuesto implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas, tiene como finalidad llegar a un acuerdo, ello no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas. En tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado. Así, si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de las medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados, de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta”.*

6.5. Elementos y características del derecho a la consulta.

Con buen criterio hermenéutico el Tribunal Constitucional ha extraído de la propia normatividad que contiene el Convenio 169 de la OIT, las principales características que tiene el derecho a la consulta, mencionando las siguientes: a) La buena fe, b) La flexibilidad, c) Objetivo de alcanzar un acuerdo, d) Transparencia y, e) Implementación previa del proceso de consulta. Estas características el Tribunal las considera también como principios orientadores a emplearse en caso de presentarse vacíos en la legislación, señalando que si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendría que comprender como algo arbitrario y, por lo tanto inconstitucional³¹⁴.

³¹⁴ STC. Exp. N° 0022-2009-PI/TC. fj. 26

6.6. Principios.

La Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, en su artículo 4º contiene siete principios rectores del derecho a la consulta que son los siguientes:

- a) **Oportunidad.-** El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.
- b) **Interculturalidad.-** El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.
- c) **Buena fe.-** Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo.
El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas.
- d) **Flexibilidad.** La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias.
- e) **El plazo razonable.-** El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de la consulta.
- f) **Ausencia de coacción o condicionamiento.** La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.
- g) **Información oportuna.-** Los pueblos indígenas y originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto

de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación³¹⁵.

6.7. Materias sujetas a consulta previa.

La consulta es obligatoria cuando el Estado advierte que las medidas legislativas o administrativas que pretende aplicar pueden afectar en forma directa o indirecta a los pueblos indígenas. En este sentido se considera que estos pueblos pueden verse afectados con tres tipos de medidas legislativas: 1) Aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas; 2) y, de otro lado, normas de alcance general que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas; y 3) Aquella en la que determinados temas que no involucran una legislación de alcance general, requieran establecer en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas³¹⁶.

En el caso de medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional entiende que *“la teoría de identificar la medida administrativa (...) no resulta tan compleja debido a las características de particularidad que por lo general tienen los actos administrativos”*³¹⁷. Las medidas administrativas que pueden afectar a los pueblos indígenas están relacionadas con las concesiones o permisos que el Estado otorga a los particulares y a las empresas para realizar estudios de prospección y de aprovechamiento o explotación de recursos naturales que siendo propiedad de la nación, se encuentran en los territorios de esos pueblos.

³¹⁵ La Ley N° 29785 elaborada por el Congreso de la República fue publicada en el diario El Peruano el día 7 de setiembre del 2011; esta ley en gran medida recoge los aportes de la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. 0022-2008-PI/TC. publicada el 27 de junio del 2010. En esta sentencia considerada emblemática en lo que concierne a los derechos de los pueblos indígenas, el Tribunal aborda materias referidas al derecho de consulta, tales como el derecho de consulta como diálogo cultural, las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, los elementos y características que tiene este derecho, sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta, también se refiere a las etapas del proceso, etc.

³¹⁶ STC Exp. N° 0022-2009-PI/TC, fj. 21.

³¹⁷ STC Exp. N° 0022-2009-PI/TC, fj 19.

El artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT establece que “en caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán restablecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.

El Convenio es sumamente claro, cuando dispone que los pueblos indígenas deberán ser consultados antes de que los gobiernos autoricen cualquier actividad de prospección o explotación de minerales o de otros recursos existentes en sus tierras; es decir antes de que se expidan las licencias administrativas o concesiones que permitan llevar a cabo tales actividades, lo que no se cumple, dando lugar esta situación a un sinnúmero de conflictos socio-ambientales. Así se distorsiona el sentido y los alcances de la consulta previa.

El Tribunal Constitucional considera que la afectación que amerita consulta previa, es aquella que tiene efectos negativos, pero hay quienes discrepan con el criterio asumido por el Tribunal, consideran que la afectación que requiere consulta previa a los pueblos indígenas tiene un alcance amplio, que no solo se limita a los efectos negativos de las medidas, sino que abarca todo tipo de efecto³¹⁸. Podría darse el caso que la construcción de una carretera, de un aeropuerto o de una represa tenga un impacto negativo en las poblaciones indígenas, por lo que éstas en tales casos deberían ser consultadas, pero, esto no es posible, no solo por haberlo así dispuesto la jurisprudencia constitucional sino también porque el reglamento de la Ley N° 29785 establece en la décima quinta

³¹⁸ CORIMOCLLA TERBULLINO, Pavel G. La Ley de Recursos Hídricos y la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas ¿Qué hacer después de la sentencia del Tribunal Constitucional?. Gaceta Constitucional, Tomo 40, 2011, p. 149. En el mismo sentido se ha pronunciado la Defensoría del Pueblo (“Informe N° 011-2009-DP/ALLASPPI-DP sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas”), Lima, 2009.

disposición complementaria y final que esta clase de medidas no son materia de consulta previa³¹⁹.

6.8. Finalidad de la consulta y diálogo intercultural.

La ley sobre la materia establece que “La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisiones del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos” (art. 3°).

La misma ley señala que “El diálogo intercultural se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta. Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta, la cual contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo” (art. 14°).

En estas disposiciones de la ley sobre el derecho la consulta previa, se puede apreciar que lo que se persigue es que el Estado cumpla con la obligación internacional que tiene de obtener un acuerdo o el consentimiento previo con los pueblos indígenas u originarios que resulten afectados directamente con la medida legislativa o administrativa, a través de un diálogo intercultural que garantice no solo la participación de estos pueblos en los procesos de toma de decisiones del Estado sobre esta clase de medidas, sino que también garantice la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.

³¹⁹ Políticas Públicas para Comunidades Campesinas – 2011. Allpa, diciembre 2012, p. 21.

Y no puede ser de otra manera, pues pretender ejecutar un proyecto de explotación de recursos naturales a gran escala o ubicado en zonas críticas de los territorios indígenas, como las cabeceras de cuenca, sin consultar a las poblaciones indígenas y sin implementar medidas eficaces para mitigar o evitar los efectos negativos que pueden producirse, sería algo irracional. Con un proceder arbitrario como éste se pondría en peligro el hábitat y la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes³²⁰.

El diálogo intercultural no es una conversación o una discusión cualquiera entre los representantes del Estado y los representantes acreditados de los pueblos indígenas. Es un intercambio mutuo de ideas y de discursos dispares; dos maneras diferentes de ver y entender las cosas. Si los que representan al Estado partieran de la premisa de que la soberanía estatal sobre los recursos naturales no es un asunto negociable y esta mentalidad los llevara a no dar su brazo a torcer y a imponer su decisión, aun cuando la consulta les fuera adversa estaría demás que se realicen este tipo de consultas. De nada valdría que se les haga participar a las comunidades indígenas en un proceso tan sofisticado como el de la consulta, si al final no se atienden sus reclamos.

El de la consulta tiene que ser un diálogo de buena fe, que puede ser fructífero si se allana el camino a la inversión privada o estatal y, al mismo tiempo se adoptan medidas que eviten el deterioro de las

³²⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso del Pueblo Saramaka VS Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 129, ha establecido que “En este caso en particular, las restricciones en cuestión corresponden a la emisión de las concesiones madereras y mineras para la explotación y extracción de ciertos recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka. Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho de propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: Primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradicionales en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante plan de desarrollo o inversión) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka, segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio; tercero, El Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal”.

condiciones de vida de las poblaciones indígenas involucradas en la consulta y si se permite también la coparticipación de estos colectivos en los beneficios que se obtengan de la explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios.

6.9. El derecho a la consulta no implica un derecho de veto.

El Tribunal Constitucional considera que “De la lectura de los artículos 6º y 15º del Convenio N° 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente no les otorga la capacidad de impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien, en el último párrafo del artículo 6º del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida”³²¹.

En vez de consulta previa e informada, el camino correcto ha debido ser el de una negociación colectiva, donde si las discrepancias no se llegarán a solucionar, el caso debería someterse a un arbitraje, es decir a un tercero imparcial. Solo así podría encontrarse una solución adecuada al conflicto. Este sería un mecanismo eficaz para que las comunidades o pueblos indígenas obtengan resultados o beneficios más allá de lo que se puede conseguir en una consulta previa, donde el resultado obtenido no es vinculante para el Estado, más bien podría ser frustrante para estos pueblos, al ser desatendidos sus reparos por gobernantes comprometidos con los inversionistas interesados en la explotación de los recursos naturales.

³²¹ STC Exp. 0022-2009-PI/TC, f.j. 24

Si bien, ni el Convenio 169 de la OIT, ni la Ley del Derecho a la Consulta Previa, permiten que los pueblos indígenas gocen de un derecho a veto a la medida que es objeto de la consulta. Empero, no puede decirse que eso sea así en todos los casos, en ocasiones es necesario someter esas normas a una lectura diferente; por ejemplo, sería contrario al principio de protección de la dignidad de la persona y al derecho a la vida, pretender la ejecución de un proyecto de explotación de minerales de gran envergadura que por estar ubicado cerca a una fuente de agua, como ya lo hemos dicho, sus efectos contaminantes colocarían en peligro de desaparecer a uno o varios pueblos indígenas ubicados en la zona del proyecto que aprovechan ese recurso hídrico.

En estos casos es menester traer a colación la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, en una de cuyas sentencias ha establecido lo siguiente:

“8.1 (...) VIII). Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: a) Implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad, b) Esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas, y/o, c) Representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma. En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las

*comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine*³²².

La Ley N° 29785, sobre el derecho a la consulta, ha previsto que la decisión sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa que corresponde a la entidad estatal, debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano (art. 15º)³²³.

Pero, si finalmente, con razón o sin razón el Estado impone su decisión de explotar un determinado recurso natural, aún a costa de poner en riesgo la existencia de las comunidades o pueblos originarios, éstos tienen expedito su derecho para recurrir a la vía del amparo ambiental, reforzando su pretensión con elementos probatorios obtenidos a través de prueba anticipada. Es decir, cabe la posibilidad de que se evalúe en sede judicial la razonabilidad de la medida³²⁴.

Al referirse a la obligación que tiene el Estado de delimitar los territorios indígenas, el Tribunal Constitucional considera que *“es de suma relevancia que el Estado refuerce y dinamice las labores de delimitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección*

³²² Sentencia T-129/11, del 3/3/2011, acción de tutela. Resguardos Chidima – Tolo y Pescadito perteneciente a la etnia Embera – Katio contra el Ministerio de Transporte y otros <<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-129-11.htm>>>.

³²³ En este sentido son también ilustrativas las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Pueblo Saramaka vs Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 172, 2007, párr. 128 y por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso Lánsman y otros vs Finlandia, Dictamen sobre la Comunicación N° 511.1 1992. Documento de Naciones Unidas COPR/C/52/0/511/1994, párr. 9.4.

³²⁴ Sobre el amparo ambiental véase los fundamentos 10, 11, 12, 13 y 14 de la STC Exp. N° 00316-2011-PP/TC. y sobre el rol del juez constitucional en un Estado multicultural y multifacético, es interesante el fundamento 5 del voto de los magistrados del Tribunal Constitucional Landa Arroyo y Eto Cruz, recaída en el STC Exp. N° 04611-2007-PA/TC.

jurídica a los pueblos indígenas (...). Con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica, puesto que al momento de lotizar o emprender estudios y acciones con miras a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales se tendría una adecuada perspectiva de la realidad y de cuáles son los pasos necesarios a fin de llevar a cabo ese tipo de procesos sin vulnerar derechos fundamentales de los pueblos indígenas....³²⁵.

6.10. Pueblos indígenas u originarios a ser consultados.

El artículo 7º de la Ley N° 29785 fija los criterios objetivos y subjetivos que se deben tener en cuenta para identificar a los pueblos indígenas u originarios que deben ser consultados. Los criterios objetivos son los siguientes:

- a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
- b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan y ocupan.
- c) Instituciones sociales y costumbres propias.
- d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.

En este artículo también se dice que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas originarios. Asimismo, se deja constancia que las denominaciones empleadas para designar a estos pueblos no altera la naturaleza ni sus derechos colectivos.

³²⁵ STC Exp. N° 0022-2009-PI/TC.fj. 44

Como se puede apreciar, la norma que es objeto de nuestro análisis, no considera como titulares del derecho a la consulta a las comunidades campesinas de la costa, a pesar que aún existen comunidades como la de Mórrope, ubicada en la franja costera de la Región Lambayeque que mantiene casi intactas las costumbres y el estilo de vida de la civilización precolombina Mochica. Así como ésta hay otras comunidades, como la de San Juan de Catacaos y la de Sechura en Piura, que conservan en parte el legado cultural de sus antepasados y se autoreconocen como pueblos originarios, al descender de poblaciones que habitaban en el territorio nacional en la época de la colonización.

El artículo 20° de la Ley de Consulta contempla la creación de una base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios. Se trata de un registro que contiene la siguiente información:

- a) Denominación oficial y autodenominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican.
- b) Referencias geográficas y de acceso.
- c) Información cultural y étnica relevante.
- d) Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.
- e) Sistema de normas de organización y estatuto aprobado.
- f) Instituciones y organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, períodos y poderes de representación.

El artículo 29° del reglamento de la ley de consulta, le encarga al Viceministro de Interculturalidad la responsabilidad de elaborar, consolidar y actualizar la base de datos, la misma que se sujeta a una directiva aprobada mediante Resolución Ministerial por el Ministro de Cultura.

Una parte de la base de datos ha sido publicada el 27 de octubre de 2013; hasta el momento de ser escritas éstas líneas, incluye 52 pueblos indígenas; 48 amazónicos, 4 andinos. Estos pueblos han sido agrupados en familias lingüísticas. Existe un proceso judicial donde se ventila una demanda interpuesta por una federación campesina del Cuzco, en la que se cuestionan los criterios que el Viceministerio de Interculturalidad emplea para identificar a los pueblos indígenas, y se pide que estos criterios que se estiman excluyentes sean cambiados, a fin de hacer más accesible el derecho a la consulta previa.

El gobierno peruano solo reconoce como pueblos indígenas a algunos grupos aimaras ubicados en el sur del país y a las comunidades amazónicas que tiene origen en los grupos tribales de la selva y ceja de selva. Las comunidades campesinas ubicadas en las zonas andinas que son la gran mayoría, al igual que sus homólogas de la costa, no son consideradas indígenas y por ende no tienen derecho a la consulta. La excepción es la Comunidad de Cañaris, en la que, a pesar de estar ubicada en la región Lambayeque, el idioma predominante es el quechua, y donde los rasgos de la cultura andina son evidentes³²⁶.

Esta actitud de los representantes del Poder Ejecutivo es considerada discriminatoria, puesto que existen dispositivos legales vigentes que reconocen como pueblos originarios a las comunidades campesinas de la Sierra y de la Costa³²⁷. De otro lado, como ha declarado Lilian Landeo Coordinadora del Programa de la OIT para promover el Convenio 169, el Estado peruano, en informes ante órganos de control de ese organismo internacional, ha reconocido que las comunidades campesinas son

³²⁶ Al respecto, véase ALVA MARÍÑAS, Pedro. “Los Cañaris de Lambayeque. Sus títulos coloniales”, en Avances 6, una publicación del Instituto de Desarrollo Regional – INDER, Julio – 2013.

³²⁷ Entre ellos, cabe mencionar el artículo 2º de la Ley N° 28495, Ley del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos; el artículo 72.1 de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, y el inciso 2) del artículo 2º de la Ley N° 27811, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. Este último dispositivo legal señala: “a) Pueblos Indígenas.- Son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autoreconocen como tales. En estos se incluyen a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas”.

pueblos indígenas. La citada especialista ha mencionado también el caso de Colombia que reconoce el derecho a la consulta previa de los pueblos afrodescendientes³²⁸.

6.11. El estado único ente legítimo para efectuar la consulta previa.

El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del Artículo Tercero de la Ordenanza Regional N° 108-2011-GR/CR, emitida por el Gobierno Regional de Junín que estableció: “que las empresas privadas y sus respectivas concesionarias, que pretendan establecer sus actividades de prospección, exploración y explotación de recursos naturales en el ámbito de los pueblos indígenas y campesinos de la región Junín, cumplan con la consulta a los pueblos interesados conforme lo establece el Convenio N° 169 de la OIT suscrito por el Perú”.

El Alto Colegiado ha dejado establecido que la consulta a la que hace referencia la Ley N° 29785 es implementada de forma obligatoria solo por el Estado. En opinión del Tribunal, una medida de esa naturaleza es incompatible con el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la consulta previa de los pueblos originarios o indígenas, por dos razones:

“A) En primer lugar, porque desconoce que el régimen jurídico de los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a la consulta previa, no se puede regular mediante una fuente formal del derecho que solo tenga alcance regional.

B) En segundo lugar, el artículo 3° de la ordenanza regional es manifiestamente incompatible con el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, y el artículo 2° de la Ley N° 29785, pues comprende a las particulares entre los sujetos pasivos del derecho a la consulta previa, cuando éstos no lo son, sino únicamente el Estado”³²⁹.

³²⁸ Entrevista publicada en el diario La República el 9.8.2013, p.8

³²⁹ STC Exp. N° 00005-2012-PI/TC, ff.jj. 40, 41 y 42.

Nosotros discrepamos del criterio interpretativo asumido por el Tribunal en este caso, porque el artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT establece como obligación de los gobiernos y no de los estados consultar a los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente. En este sentido, consideramos que el término gobiernos abarca no solo al gobierno central, sino también a los gobiernos regionales y locales, habida cuenta que el nuestro es un Estado descentralizado³³⁰. Esta clase de Estados, como anota Ferrando Badia, presentan en su estructura características peculiares³³¹.

Precisamente, una de las características que tienen cada uno de los gobiernos que conforman el Estado descentralizado, es la de ser entes autónomos. La Ley de Bases de la Descentralización indica que la autonomía “es el derecho y la capacidad efectiva del gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia (...) en el marco de la unidad de la Nación. La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas”³³².

El artículo 3º de la Ordenanza del Gobierno Regional de Junín, si bien contiene un error de redacción, al establecer que las empresas privadas y sus respectivas concesionarias deben cumplir con la consulta a los pueblos interesados, conforme lo establece el Convenio 169 de la OIT; no se puede decir que con ello el indicado gobierno regional esté legislando

³³⁰ **Constitución Política:**

Artículo 43º.- La República del Perú es democrática social, independientes y soberana. El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes.

Artículo 189º.- El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos; en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la Ley, preservando la unidad e integridad del Estado y la Nación.

El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y centros poblados.

³³¹ FERRANDO BADIA, Juan. El Estado unitario, el Federal y el Estado regional, Editorial. Tecnos, Madrid, 1978, p. 158.

³³² Artículo 8º.

sobre el régimen legal de la consulta previa, pues, la finalidad de la norma cuestionada no es otra que la de impedir que en la región Junín, las empresas privadas emprendan actividades de prospección, exploración y de explotación de recursos naturales, si antes no se realiza el procedimiento de consulta en los términos del Convenio de la OIT sobre los pueblos indígenas u originarios.

Podría darse el caso que, una empresa ingrese a un territorio indígena a realizar actividades de explotación de minerales, sin que se haya efectuado la consulta a la comunidad o comunidades de la zona tal como ocurrió en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Samayaku vs Ecuador, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del 27 de junio del 2012, se pronunció determinando la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígenas, a la identidad cultural, así como a la vida, a la integridad y a la libertad personales, a las garantías judiciales, etc.

La demanda se originó a raíz del contrato de exploración y explotación petrolera del Bloque 23 celebrado entre Ecuador y la Compañía General de Combustible, que afectó gran parte del territorio de la Comunidad Indígena Samayaku, sin haber solicitado su consentimiento. La Corte consideró que la consulta debe realizarse en las primeras etapas del plan, y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, teniendo en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones.

En vez de pronunciarse declarando la inconstitucionalidad del artículo 3º de la Ordenanza Regional N° 108-2011-GRJ-CR, lo ideal hubiera sido que el Tribunal Constitucional emita una sentencia interpretativa precisando el verdadero sentido o la finalidad de la norma, que es la de promover la realización de consultas previas en la región Junín, para

cuyas convocatorias si están facultados los gobiernos regionales, siempre y cuando se trate de la adopción de medidas que puedan afectar los derechos o intereses de poblaciones indígenas ubicadas en sus respectivas jurisdicciones.

El Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta, normado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, en el numeral 2.3 del artículo 2° establece que “Los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Vice Ministerio de Interculturalidad, respecto a las medidas que puedan aprobar conforme a las competencias otorgadas expresamente en la Ley N° 27867, Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, y en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, y en tanto dichas competencias hayan sido transferidas.

El Viceministerio de Interculturalidad ejercerá el rol de rectoría en todas las etapas del proceso de consultas, correspondiendo a los gobiernos regionales y locales la decisión final sobre la medida”.

Nos parece que esta parte del reglamento es inconstitucional, al colisionar con el artículo 191° de la Constitución que consagra la autonomía política, económica y administrativa de los gobiernos regionales en los asuntos de su competencia. Si de acuerdo a la norma reglamentaria acotada, esta clase de gobiernos descentralizados tienen facultades para tomar la decisión final sobre la medida sometida a consulta, no veo porque no pueden por si solos promover este tipo de consulta; se entiende que quien puede lo más puede lo menos (*ab maioris ad minus*).

En este caso no se ha tenido en cuenta el principio de subsidiaridad que está íntimamente ligado con el tema de la descentralización, el cual como lo ha señalado el Tribunal Constitucional “*exige la atribución de*

*competencias y responsabilidades públicas a las autoridades más próximas a los ciudadanos, que se encuentren en condiciones de ejercerlas, principio que enlaza de modo claro con la exigencia de que los intereses colectivos de ámbito estrictamente local sean expresados por quienes tienen legitimación para ello*³³³. Por lo tanto, es absurdo que se tenga que contar con el informe favorable del Vice Ministerio de Interculturalidad, instancia administrativa que sólo debería intervenir como asesoría técnica en los procesos de consulta previa que se ejecuten en los ámbitos de cada una de las regiones del país.

Al finalizar de escribir estas líneas, a través de un comunicado el Ministerio de Cultura informó que desde la aprobación del Reglamento de la Ley de Consulta Previa se han implementado 22 procesos, de los cuales 18 han resultado en acuerdos que han beneficiado a más de 20 pueblos indígenas. Los referidos procesos estaban relacionados con políticas nacionales, lotes de hidrocarburos, proyectos mineros, de infraestructura y áreas naturales protegidas.

Asimismo, se hizo saber que uno de los principales acuerdos en materia de hidrocarburos se estableció la creación de un fondo social que asigna un porcentaje fijo de la producción del Lote 192 para que sea administrado exclusivamente por las comunidades del área.

³³³ STC Exp. N° 002-2005-PI/TC. f.º 51. Es una cita recogida por el Tribunal de Blasco Díaz, José Luis, Ordenanza Municipal y Ley, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 54.

CAPITULO VII

IDENTIDAD CULTURAL Y MULTICULTURALISMO

7.1. El derecho a la identidad cultural.

La vigente Constitución de 1993 en su artículo 2° inciso 19) consagra el derecho de toda persona:

“A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Toda persona tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando sean citados por cualquier autoridad”.

7.1.1. Definiciones sobre la identidad.

Para Jaime Urrutia “La identidad es reconocerse como parte de un grupo que comparte un mismo discurso histórico y referentes simbólicos de comportamientos y ritos”³³⁴.

Enrique Bernal es define a la identidad cultural y a la identidad étnica de la siguiente manera:

“El concepto de identidad étnica tiene dos componentes fundamentales. El primero consiste en que cada ser humano tiene derecho a mantener sus rasgos étnicos como valor propio, tanto en sí mismo como en relación a todos los demás seres humanos que la comparten. El segundo, es que tiene derecho a que su etnia sea considerada como un valor particular y distinto, perteneciente al acervo de valores de la humanidad, tanto en la sociedad en que vive como en el mundo entendido globalmente. La primera (...) es subjetiva de cada uno de ellos. La segunda está referida al respecto que los demás deben tener de las etnias a las que pertenecen.

³³⁴ URRUTIA CERRUTI, Jaime. La Revista Agraria, año 13, N° 141, Junio 2012, p.8

La identidad cultural es análoga a la identidad étnica, pero se refiere (...) a la pertenencia cultural de la persona, es decir, a su cosmovisión de la vida. La cultura es en definitiva la manera de vivir y como tal forma parte esencial de la persona, de su libertad de opinión y de expresión, así como también de la cabal formación de su personalidad”³³⁵.

En nuestro concepto, la identidad étnica y cultural es algo que no es exclusivo del individuo, sino más bien algo que corresponde al grupo o comunidad del que forma parte el individuo. Hay grupos humanos que se caracterizan por pertenecer a una misma raza y tener rasgos culturales comunes que los hacen ser homogéneamente diferentes a otros grupos con hábitos culturales distintos que habitan en un determinado país. La identidad cultural, no solo es una cuestión de raza o cultura; es aquello que también forma parte de nuestra estructura mental, aquello que no solo nos relaciona con nuestro hábitat, con nuestro pasado y con nuestro presente, con nuestros valores, creencias, religión, idioma, etc, sino también aquello que nos identifica con nosotros mismos y con el grupo social del que somos parte y nos hace sentir satisfechos de ello, pues, si por el contrario nos sentimos incómodos y mortificados con lo que somos en términos de raza y cultura por ser ajenos a nuestras aspiraciones, no hay identidad.

La identidad cultural, es un legado espiritual que se trasmite de generación en generación, no sólo sirve para identificar a un grupo humano, sino además como un instrumento de cohesión institucional para garantizar su sostenibilidad en el tiempo. La identidad cultural no debe ser vista como un lastre que obstruye o

³³⁵ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparados, en Constitución y Sociedad, Lima, 1993, p. 155

se opone al progreso y al desarrollo económico de las comunidades y pueblos indígenas.

En los últimos tiempos los pueblos indígenas y comunidades se han visto sometidos a un intenso proceso de aculturación virtual, a través de internet que divulga contenidos culturales ajenos a los suyos y, por lo tanto, podría decirse que los patrones culturales de estos pueblos han dejado de ser puramente indígenas. Sin embargo, nosotros creemos que con la globalización la identidad cultural de los pueblos indígenas no corre el peligro de desaparecer, más bien se enriquece al acumular experiencias nuevas jamás imaginadas. Por ejemplo, la modernidad no impide que alguien conserve su idioma, su religión y sus costumbres. Una persona de estos pueblos puede beber chicha, bailar huayno o marinera y después puede estar frente a un ordenador disfrutando las novedades que le proporcionan las nuevas tecnologías de la información.

Cabe eso si aclarar que, en las actuales circunstancias ya no es posible imaginar a los pueblos indígenas y comunidades como si fuesen reductos enclaustrados, caracterizados por un costumbrismo arcaico, creyentes en idolatrías y desconectados de la vida urbana y de la economía de mercado propios de una sociedad moderna, salvo que se trate de aquellos grupos tribales conocidos como los no contactados que habitan en zonas remotas y poco accesibles de la amazonia³³⁶.

³³⁶ La Ley N° 28736, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial en su artículo 2° contiene las siguientes definiciones.

- a) **Pueblos indígenas.**- Aquellos que se autoreconocen como tales, mantienen una cultura propia se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución. En estos se incluyen a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial.
- b) **Aislamiento.**- Situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando éste no ha desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, han optado por discontinuarlas.
- c) **Contacto inicial.**- Situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando éste ha comenzado un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional.

Según la Directiva N° 012-2000 para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, aprobada por Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEN de 21 de junio del 2000, la identidad cultural es “el conjunto de valores y creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un pueblo indígena, comunidad campesina o comunidad nativa”, el cual comprende:

- a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo.
- b. El respeto a sus formas de organizaciones.
- c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarlos.
- d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarlos.
- e. El derecho a no ser discriminados por razones de índole étnica cultural.
- f. El derecho a expresarse en su propia lengua.
- g. El respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico.
- h. El respeto a sus estilos de vida.
- i. El respeto a sus costumbres y tradiciones y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto a sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales.
- j. El respeto a sus bienes, trabajo y ambiente en que viven.
- k. El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura.
- l. El respeto a las tierras que comparten en comunidad.
- m. El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales.

- n. El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda³³⁷.

7.1.2. Fuentes de identidad.

Según Huntington, las personas pueden elegir entre un número casi infinito de posibles fuentes de identidad. Estas pueden ser principalmente:

1. **Adscriptivas**, como la edad, la ascendencia, el género, el parentesco (los familiares de sangre), la etnia (definida como un parentesco ampliado) y la raza.
2. **Culturales**, como el clan, la tribu, la etnia (definida como un modo de vida), la lengua, la nacionalidad, la religión, la civilización.
3. **Territoriales**, como el barrio, el pueblo, la localidad, la ciudad, la provincia, el Estado, la región, el país, el área geográfica, el continente, el hemisferio.
4. **Políticas**, como la facción, la camarilla, el líder, el grupo de interés, el movimiento, la causa, el partido, la ideología, el Estado.
5. **Económicas**, como el empleo, la ocupación, la profesión, el grupo de trabajo, la empresa, la industria, el sector económico, el sindicato, la clase.
6. **Sociales**, como los amigos, el club, el equipo, los colegios, el grupo de ocio, el estatus³³⁸.

Huntington también habla de identidades nacionales, subnacionales y transnacionales. Señala que la globalización, el multiculturalismo, el cosmopolitismo, la inmigración, el subnacionalismo y el antinacionalismo habían asestado duros

³³⁷ Legislación de Derecho Agrario. Comunidades Campesinas, Editorial Gráfica Bernilla, 2003, pp. 289-299

³³⁸ HUNTINGTON, Samuel P. ¿Quiénes somos?. Los desafíos a la identidad nacional estadounidense, Paidós-Estado y Sociedad 122, 2da edición, 2010. p. 37

golpes a la conciencia o identidad americana³³⁹. Afirma que, los atentados terroristas del 11 de setiembre redujeron drásticamente la prominencia de esas otras identidades y propiciaron el retorno a la “*Did Glory*,” es decir, al orgullo nacional y al compromiso con Estados Unidos³⁴⁰. Con lo cual este autor destaca la importancia que tiene la identidad nacional de la que derivan los intereses nacionales³⁴¹.

7.1.3. El derecho a la identidad étnico – cultural.

Anteriormente, las poblaciones indígenas eran identificadas tomando en cuenta solamente el elemento étnico o racial. Como bien lo recuerda. Stavenhagen, fueron las ciencias sociales contemporáneas como la antropología, las que utilizaron elementos culturales, entre ellos el lingüístico, los valores, las creencias, la cosmovisión, etc, para definir la identidad de los

³³⁹ Idem, p. 20

³⁴⁰ Idem, p.22

³⁴¹ Idem, p. 24. Para HUNTINGTON. “La modernización, el desarrollo económico, la urbanización y la globalización han llevado a las personas a replantarse sus identidades y a re-definirlas en términos más limitados, más íntimos, más comunes. Se da preferencia a las identidades subnacionales de carácter cultural y regional por encima de identidades nacionales más amplias. Las personas se identifican con quienes se parecen más a ellas y con aquellas con quienes comparten una etnia que perciben como común, o una religión, unas tradiciones y un mito de una ascendencia y una historia también comunes. En Estados Unidos, esta fragmentación de la identidad se manifestó en el auge del multiculturalismo y de la conciencia racial, étnica y de género. En otros países adopta la forma – más extrema de movimientos subnacionales que reclaman reconocimiento político, autonomía o independencia. Entre éstos se incluyen movimientos que representan a los quebequeses, los escoceses, los flamencos, los catalanes, los vascos, los lombardos, los corsos, los kurdos, los kosavares, los bereberes, los chipanecos, los chechenos, los palestinos, los tibetanos, los musulmanes de Mindanao, los cristianos sudaneses, los abjasianos, los tamiles (...) y otros.

No obstante, ese estrechamiento de las identidades en un determinado plano ha venido acompañado de un ensanchamiento de la identidad a otro nivel, a medida que se incrementan las interacciones de unas personas con otras de culturas y civilizaciones muy diferentes, esas mismas personas son capaces de identificarse – gracias a los modernos medios de comunicación – con individuos geográficamente distintos, pero con lenguas, religiones o culturas similares. La aparición de una identidad su-oracional más amplia ha sido especialmente evidente en Europa, donde su surgimiento refuerza el estrechamiento simultáneo de otras identidades. Los escoceses se conciben así mismos cada vez más como escoceses y menos como británicos, porque también pueden considerarse europeos. Su identidad escocesa está arraigada en su identidad europea. Y esto es igualmente cierto en el caso de los lombardos, los catalanes y otros.

Una dialéctica relacionada con la anterior ha sido la de la mezcla y el agrupamiento, la interacción y la separación de los grupos comunales. Las migraciones masivas, tanto las temporales como las permanentes, ha ido entremezclado cada vez más a pueblos de diversas razas y culturas: los asiáticos y los latinoamericanos que vienen a Estados Unidos, o los árabes, los turcos, los yugoslavos y los albaneses que entran en Europa Occidental. Gracias a las comunicaciones y a los medios de comunicación y a los medios de transporte modernos, estos emigrantes han podido seguir formando parte de su cultura y de su comunidad originales. Su identidad, pues, no es tanto la de emigrantes como la de miembros de una diáspora, es decir, de una comunidad cultural transnacional y transestatal. Se mezclan con otros pueblos al tiempo que se agrupan con otros miembros del suyo propio...” (pp.26-27)

pueblos indígenas o comunidades³⁴². Pero, hay que aclarar que la identidad étnica no solo está asociada a lo cultural, sino también al territorio y al aspecto institucional, es decir, al tipo de organización social adoptado por la comunidad o pueblo indígena para autogobernarse en función a su *modus vivendi*.

Posteriormente, en el plano jurídico internacional, se empieza a hablar sobre la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas como un derecho humano individual y colectivo. El Convenio N°169 de la OIT establece:

Artículo 4°.

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Artículo 5°

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente.
- b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.

En el Perú, tal como ya lo hemos visto, el derecho a la identidad étnica y cultural, ha sido incorporado por primera vez en la Constitución de 1993, como un derecho fundamental, tanto de carácter individual y colectivo, que no es privativo de las comunidades o pueblos indígenas, sino de personas o grupos

³⁴² STAVENHAGEN, Rodolfo. Derecho indígena y derechos humanos en América Latina, Instituto Interamericana de Derechos Humanos y Colegio de México, 2013, p.79

culturales y religiosos diferentes a aquellos pueblos autóctonos del Perú.

7.1.4. Definición.

Yuliana Guisela Arce Cárdenas considera que el derecho a la identidad étnica y cultural “básicamente consiste en el derecho de todo grupo étnico – cultural y sus miembros a pertenecer a una determinada cultura y ser reconocido como diferente; como conservar su propia cultura y patrimonio cultural tangible e intangible, y a no ser forzado a pertenecer a una cultura diferente o ser asimilado por ella³⁴³”.

7.1.5. Características.

Esta misma autora menciona como características del derecho a la identidad étnico cultural a las siguientes:

a) Es un derecho colectivo y de ejercicio individual:

Es un derecho colectivo en tanto lo tienen todos los individuos que pertenecen a una cierta comunidad (...). El fundamento para que este derecho sea considerado colectivo es básicamente en que este derecho está en función de la pertenencia a un grupo identitario cuyo objetivo primordial no es otro que proteger determinados elementos culturales distintivos de estos grupos en tanto bien colectivo. Se dice que este derecho es de ejercicio individual debido a que sus miembros individuales de un grupo pueden defender su derecho subjetivo propio, por ejemplo, el derecho al uso de su propio idioma.

b) Universalidad: La cuestión de la universalidad de los derechos humanos ante las diversidades culturales que existen en el mundo, es un tema que siempre ha estado

³⁴³ ARCE CÁRDENAS, Yuliana Guisela. “Derecho a la identidad étnico cultural y el principio de proporcionalidad”, en LUCERNA IURIS, año 17, N° 1, julio 2008, p.179

presente, desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 hasta hoy. Los derechos fundamentales son universales pero hay algunos (como por ejemplo a la identidad étnico – cultural) que corresponden a situaciones precisas y a personas específicas.

c) Específico: Junto a la universalización de los derechos se ha producido también un proceso de especificación de los mismos, este proceso como explica Norberto Bobbio se ha dado en virtud del paso del hombre abstracto al hombre en concreto, del individuo considerado solamente ciudadano al individuo considerado en los distintos roles o estatus que pueden tener en la sociedad. Se dice que es un derecho específico en el sentido que es un derecho cuyo reconocimiento obedece a una especial situación, en el caso concreto la especial situación sería la pertenencia a determinado grupo étnico o cultural (...), cabe resaltar que esta especificación no lo contrapone a la anteriormente mencionada universalidad si no porque por el contrario esta es una complementariedad de la misma³⁴⁴.

7.1.6. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

“19. La Constitución reconoce, entonces, el derecho tanto a la identidad cultural como a la identidad étnica. Si bien se trata de conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal considera que se trata de dos ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidas como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general. Por un lado se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, (...) aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos

³⁴⁴ Idem, pp. 181 - 183

inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico, y, por otro, de la identidad cultural general, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie”³⁴⁵.

“(…) EL Constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución material de la nación peruana: su multiculturalismo y pluretnicidad. Se trata de una concreción del principio de Estado social y democrático de Derecho, establecido en el artículo 43° de la Constitución, pues tal como ha tenido oportunidad de afirmar este Colegiado “el hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1° de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43°) y la economía social de mercado (artículo 58°)”³⁴⁶.

“Consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetado en las

³⁴⁵ STC Exp. N° 006-2008 – PI/TC,f.j. 19

³⁴⁶ STC Exp. N° 0020-2005-AI/TC

costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Es el derecho de la etnia a existir de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás”³⁴⁷.

Es dable aclarar que no forman parte del derecho a la identidad cultural y no deben ser respetadas las prácticas culturales perversas, como los castigos físicos crueles y humillantes a los integrantes del grupo cultural o comunidad, las castraciones o mutilaciones de órganos femeninos, el odio racial y étnico, la falta de tolerancia y la agresión a otros grupos culturalmente diferenciados. Esto es lo que le falta precisar a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, para definir el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas o comunidades.

7.2. El multiculturalismo en el mundo de hoy.

La presencia de minorías culturalmente diferenciadas en el mundo de hoy, que pueden ser originarias de un Estado o consecuencia de flujos migratorios internos (del campo a la ciudad) o producto de migraciones externas de gran impacto social, ha configurado la existencia de un escenario global de multiculturalidad. No nos estamos refiriendo aquí sólo a los pueblos indígenas, sino también a otro tipo de agrupamientos comunitarios, algunos de ellos de carácter fundamentalista religioso que luchan por conservar su identidad cultural frente a la intolerancia de otras culturas y modos de vida diferentes que, de una u otra forma tratan de imponerse y establecer un patrón cultural único.

³⁴⁷ STC. Exp. N° 03343-2007-PA/TC, f.j. 29

Cada cultura es producto del desarrollo alcanzado a través del tiempo por civilizaciones, naciones, pueblos, comunidades y otras agrupaciones menores. Esto a su vez conlleva al establecimiento de un orden jurídico que asimile y garantice la supervivencia democrática de esta diversidad cultural. Al contrario de lo que se pueda imaginar a estas alturas, la posmodernidad no ha renegado ni puesto punto final al multiculturalismo y con él a la existencia de identidades comunitarias culturalmente diferenciadas, sino más bien ha dado lugar, como dice Aguilera Portales al surgimiento de dos procesos irreversibles:” por un lado, el crecimiento de las redes globales de producción, consumo y comunicación y, por el otro, una especie de retorno a comunidades cerradas, compactas y homogéneas”³⁴⁸.

Aunque parezca paradójico, el multiculturalismo es un fenómeno que obtiene reconocimiento y se afirma, no precisamente en la época moderna, sino en la postmodernidad. En la época moderna no se hablaba de la multiplicidad de culturas, sino de una cultura única y universal: la occidental, bajo cuya hegemonía debían asimilarse las otras formas culturales y desaparecer.

La postmodernidad abandonando el discurso etnocéntrico y hegemónico de la modernidad, empieza por aceptar y revalorizar la diversidad cultural existente en el mundo. Las sociedades postmodernas están compuestas por un entramado de relaciones en las que interactúan identidades culturales con valores y estilos de vida diferentes. Se abre paso a un nuevo modelo de sociedades: la sociedad multicultural.

Sobre la base del reconocimiento de la multiculturalidad existente en los diferentes países, se instaaura también un nuevo concepto de ciudadanía universal, que representa un gran avance en el respeto de los

³⁴⁸ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, Teoría de los Derechos Humanos, Grijley, 2011, p. 206.

derechos fundamentales de los individuos, sin importar su origen, su pertenencia a un determinado grupo étnico, cultural o religioso, etc.

La sociedad mundial sigue siendo étnica y culturalmente heterogénea; hay grupos o colectividades humanas que conservan su propia identidad y no están dispuestos a renunciar a ella, ni a asimilar los hábitos alienantes de la modernidad, lo cual no significa anacronismo, ni implica aislarse y renegar de los avances científicos y tecnológicos y no participar de los beneficios que de ello se derivan para todos por igual. El progreso no es incompatible con la diversidad cultural existente en la actualidad.

El multiculturalismo permite el libre desenvolvimiento de los intereses de los diferentes grupos sociales, ya sean entre ellos, al interior de cada uno de ellos y en su relación con el Estado. Se abre paso así en lo político a la existencia de una democracia pluralista y de estados pluriculturales, pluriétnicos y multilingües. En este sentido, Kymlicka, apartándose de la concepción política – jurídica tradicional de Estados y, teniendo más bien como elemento de referencia la diversidad cultural existente en el mundo, concibe tres clases de Estados: los Estados nacionales, los Estados multinacionales y los Estados poliétnicos, al ser cada una de estas formas de Estados, bien producto de grupos culturales incorporados a través de una conquista o colonia, o bien producto de migración de otras culturas³⁴⁹.

Esto es así, pero parece que el multiculturalismo no las tiene todas consigo, Sartori, por ejemplo, es uno de aquellos que reniega de la sociedad multicultural y multiétnica, por estar basada, según él en una “ciudadanía diferenciada”, sosteniendo que este tipo de sociedad al estar escindida por razones étnicas y culturales, atenta contra el principio de

³⁴⁹ KYMLICKA, Will. Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías, trad de C. Castelle, Editorial Paidós, Barcelona, 1996, p 26.

igualdad ante la ley”³⁵⁰. Este autor se inclina más bien a favor de una sociedad pluralista. Considera que “el pluralismo trata cualquier “identidad” (voluntaria o involuntaria) de la misma manera”³⁵¹.

Huntington, en vez de mundo multicultural, habla de un mundo multicivilizacional, nacido en el contexto de la posguerra fría, donde la gente no se define por cuestiones ideológicas, políticas ni económicas, sino desde el punto de vista de la genealogía, la religión, la lengua, la historia, los valores, costumbres e instituciones. Se identifican con grupos culturales, tribus, grupos étnicos, comunidades religiosas, nacionales y en el nivel más alto, civilizaciones³⁵².

A lo largo de la historia, las civilizaciones han sido analizadas desde distintos puntos de vista por diferentes autores, entre ellos, Max Weber, Emilie Durkheim, Oswald Spengler, Arnold Toynbee y otros, sin dejar de mencionar a Huntington, cuya obra es sin lugar a dudas un referente obligatorio para todo lo que concierne al estado actual de las civilizaciones en el mundo³⁵³.

En algunos casos se suele distinguir entre civilizaciones y culturas, empero, ambos conceptos son como las dos caras de una moneda, ya que no puede existir civilizaciones sin cultura; de tal manera que una civilización ha sido definida como una realidad cultural y no política, en la medida que no es en si misma un Estado³⁵⁴. Una civilización es el espacio cultural más amplio que existe, diferenciándose de otros espacios

³⁵⁰ SARTORI, Giovanni. La sociedad multiétnica, pluralismo, multiculturalismo y extranjeros, trad. De Miguel Angel Ruiz de Azúa, Taurus, 2001, p. 14

³⁵¹ Idem, p.34

³⁵² HUNTINGTON, Samuel P. El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial, Paidós, 4ta edición, 1997, pp. 21-22.

³⁵³ Según HUNTINGTON “espoleada por la modernización, la política global, se está reconfigurando de acuerdo con criterios culturales. Los pueblos y los países con culturas semejantes se están uniendo. Los pueblos y países con culturas diferentes se están separando. Los experimentos definidos por la ideología y las relaciones con las superpotencias están dando paso a alineamientos definidos por la cultura y la civilización. Las fronteras se rehacen cada vez más para que coincidan con las culturales, étnicas, religiosas y civilizaciones. Las colectividades culturales están reemplazando los bloques de la guerra fría y las líneas divisorias entre civilizaciones se están convirtiendo en las líneas centrales de conflicto en la política global” (Idem, p. 147).

³⁵⁴ Idem. p. 49

culturales menores, como son los grupos étnicos, nacionalidades, comunidades religiosas, etc.³⁵⁵.

Cada grupo humano, nación o civilización se caracteriza por tener su propia cultura. Además, cada expresión cultural viene a ser el fiel reflejo de la concepción que estas entidades tienen acerca del mundo en que viven y de su visión de la vida. La cultura solamente existe como manifestación o como un producto humano. Se expresa a través de acciones materiales creativas y útiles de cualquier índole, así como de valores espirituales, costumbres, lengua, religión e instituciones, es algo que puede cambiar o desaparecer, dependiendo de las circunstancias históricas que se presentan.

El año 2000 antes de Cristo, ha sido mencionado como el de la desintegración de las civilizaciones de la época, a consecuencia de invasiones de migrantes semitas e indo-europeos. Surge Babilonia en la antigua Sumeria, estableciéndose el año 175 antes de Cristo. Egipto florece y con él la dinastía de los faraones, alcanzando su máximo esplendor el año 1460 antes de Cristo. Actualmente, además de la civilización occidental existen otras civilizaciones como La China, La Japonesa, La Hindú, La Islámica y la civilización Latinoamericana³⁵⁶.

En nuestro país, en la etapa conocida como formativa inferior, entre los años 1500 y 1200 antes de Cristo surgió Chavín como civilización teocrática y agrícola. Al ocaso de Chavín, entre los siglos III y I a.c., surgieron culturas regionales como los Moche en la costa norte, los Nazca en la costa sur y los Tihuanaco en el altiplano. Entre los siglos III y V después de Cristo, se produce el declive de estas culturas y posteriormente, en el siglo VI se consolida el imperio Wari. Al decaer los Wari, los Chimús se establecieron en el norte, y en el siglo XIV se inició el Imperio de los Incas, alcanzando su máximo esplendor y también su

³⁵⁵ Idem. p. 48

³⁵⁶ Idem. pp. 50-51.

decadencia en el siglo XVI con la muerte de Huayna Capac y la llegada de los españoles³⁵⁷.

7.3. Liberalismo y comunitarismo.

En el campo de la filosofía del derecho, de la moral y de la política, la discusión en torno al reconocimiento de la diversidad cultural en el mundo, ha dado lugar al surgimiento de posiciones teóricas contrapuestas entre liberales y comunitaristas, acerca de la prevalencia de los derechos individuales y la neutralidad del Estado, frente a las concepciones morales del bien común o comunitaristas basadas en la existencia de grupos etnoculturales diversos³⁵⁸. Entre los liberales ocupa el primer lugar John Rawls³⁵⁹ y junto a él Ronald Dworkin, Thomas Nagel y Joseph Raz, y entre los comunitaristas se menciona a Michael Sandel, Charles Taylor, Alasadir MacIntyre, Michael Walzer, etc.

En medio de esta polémica que todavía no cesa, los liberales destacan el valor del individualismo y su autonomía frente a los demás, en tanto que a los comunitaristas les resulta imposible imaginar siquiera a un individuo aislado de la comunidad en cuyo contexto cultural las personas desarrollan vínculos afectivos que trascienden a la pura individualidad y moldean su personalidad. Algunos autores tratando de reconciliar la libertad individual con el bien común o con el interés colectivo, consideran que si se desea un verdadero autogobierno de los ciudadanos, resulta necesario fortalecer los lazos de unión entre el individuo y la comunidad³⁶⁰.

Al liberalismo se le cuestiona porque rinde un culto excesivo al mito nocivo del individualismo y lo utiliza para explicar el egoísmo humano y el motivo del por qué éste en ocasiones se sustrae y se pone por encima de

³⁵⁷ Democracia, Constitución y Derechos Humanos, INIGEN, p. 4.

³⁵⁸ BENEDICTO RODRÍGUEZ, Rubén. "Liberalismo y Comunitarismo: un debate inacabado", STUDIUM, Revista de Humanidades 16 (2010) 155N:1137-8417, pp.201-229.

³⁵⁹ RAWLS, John. Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica. México DF. 1979.

³⁶⁰ BENEDICTO RODRÍGUEZ, op. cit, pp 201-229.

los valores sociales solidarios de la comunidad. Sin adherirnos a las posesiones liberales y comunitaristas en sentido estricto, podemos decir que si bien, el hombre no es un medio sino un fin en sí mismo, eso no quiere decir que sea ajeno a las prácticas sociales y a las reflexiones éticas. El hombre es un ser sensible y receptivo al influjo del entorno cultural que lo circunda, con el cual se relaciona y se identifica asimismo y frente a los demás.

No es posible concebir en abstracto a un individuo vacío y desligado del contexto social y cultural. La identidad cultural es un ingrediente de la personalidad moral de cada uno de los individuos que forman parte de una determinada colectividad. Es una situación que lleva a las personas a deponer intereses egoístas en pro de intereses comunes; quizás esto ha llevado a algunos autores liberales a deslindar con las posiciones irreductibles del liberalismo primigenio y a creer que es mejor construir una teoría liberal de los derechos comunitarios. Es una actitud ecléctica que pretende acercar a ambas posiciones teóricas que resulta de rescatar la importancia que tiene la comunidad en la vida de los individuos³⁶¹.

7.4. Constituciones y multiculturalidad.

Tanto a nivel del derecho internacional, como en el plano del derecho interno se ha creado en la actualidad un orden jurídico que protege la diversidad cultural de las poblaciones indígenas. A nivel nacional, es en la Constitución donde se ha estatuido un régimen jurídico de la multiculturalidad opuesto al modelo estatocéntrico de antaño que reconoce y legitima el derecho a la pluralidad étnica y cultural de los pueblos y comunidades indígenas, considerados en el texto constitucional como derechos individuales y colectivos con rango de derechos fundamentales³⁶².

³⁶¹ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 156-158. Son interesantes también los puntos de vista expuestos por este mismo autor en *liberalismo versus comunitarismo*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales N° 1, Madrid, setiembre – diciembre, 1988.

³⁶² CARBONELL, Miguel, PALERO CRUZ, Juan y VÁSQUEZ, Rodolfo (compiladores). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 248.

La Constitución argentina de 1994 en su artículo 75°. 14 “Reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantiza el respecto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural”.

La Constitución de Colombia, en su artículo 7° establece que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”. En lo que respecta a la organización territorial en el artículo 286° precisa que “son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios, los territorios indígenas (...)”.

La Constitución de Bolivia en su artículo 2° “reconoce la existencia precolonial de las naciones indígenas”.

La Constitución de Ecuador al legislar sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en el artículo 89° inciso 1), reconoce el derecho que tienen estos pueblos a “mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico”.

La Constitución de Paraguay en su artículo 62° “reconoce la existencia de los pueblos indígenas definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo”.

La Constitución de México en su artículo 2° declara que “La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización”.

En el caso peruano, los magistrados del Tribunal Constitucional Landa Arroyo y Eto Cruz, al fundamentar su voto en la sentencia recaída en el

expediente N° 04611-2007-PA/TC. Se preguntan sobre si es posible hablar de una Constitución multicultural y a continuación sostienen:

*“8 Una lectura sistemática del articulado de nuestra Constitución nos permite comprobar que varias de sus normas han recogido derechos y obligaciones no sólo de índole cultural, sino especialmente de carácter multicultural que, vistas en conjunto, bien podríamos denominar **Constitución Multicultural o contenido multicultural de la Constitución**. En estricto, aludimos a las siguientes normas constitucionales:*

- El artículo 2º, inciso 19), que reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural, así como la obligación del Estado de proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la Nación.*
- El artículo 89º, que reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las Comunidades Campesinas y Nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose la obligación del Estado de respetar su identidad cultural.*
- El artículo 149º, que admite la posibilidad de que las Comunidades Campesinas y Nativas ejerzan funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siempre que no violen derechos fundamentales.*
- El artículo 48º, que señala que, además del castellano también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen.*
- El artículo 191º, que prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, Comunidades Campesinas y Nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Consejos Municipales”.*

Luego ambos magistrados concluyen en esta sentencia sosteniendo que:

“8 De lo expuesto, resulta fácil advertir que la Constitución reconoce la diversidad cultural y el pluralismo étnico como dos rasgos esenciales de la sociedad peruana, superando la visión, durante mucho tiempo homogénea, de nuestra sociedad identificada por un solo patrón cultural y unos únicos valores fundantes. El reconocimiento de la diversidad que hace nuestra Constitución, permite, de este modo, la incorporación de unos específicos derechos para los pueblos indígenas, y con ello, su plena afirmación y el libre de su ethos social. Por ello, la Constitución Multicultural, al igual que la Constitución del Estado Social, marca un cambio y un distanciamiento con la igualdad formal postulada durante muchos años por el Estado liberal....”³⁶³.

7.5. Jurisprudencia constitucional.

El Tribunal Constitucional ha declarado que la Constitución reconoce:

“a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico, de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarias y ancestrales del Perú. Pero no solo no desconoce, sino que la Constitución obliga a su tutela y protección. Así, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios étnicos ha significado que se plantee medidas específicas para su defensa”³⁶⁴.

El Tribunal también ha señalado que:

“La multiculturalidad del Estado peruano, no debe significar un lastre para lograr la identidad nacional, sino un desafío constitucional en la medida en que se debe tener en consideración el valor de la diversidad cultural. En efecto, se puede señalar que: “la diversidad cultural es valiosa, tanto en el sentido casuístico de que crea un mundo más interesante, como porque otras culturas poseen modelos

³⁶³ Publicada en el diario El Peruano el 29.5.2010.

³⁶⁴ STC Exp.Nº0022-2009-PI/TC,fj.3.

*alternativos de organización social que puede ser útil adaptar a nuevas circunstancias*³⁶⁵.

³⁶⁵ STC Exp. N° 0042-2004-PI/TC, f.2

CAPÍTULO VIII

PLURALISMO LEGAL, DERECHO Y JUSTICIA COMUNAL

8.1. Pluralismo legal.

El pluralismo legal es un concepto que alude a la coexistencia en un mismo Estado de diversos sistemas jurídicos: el oficial, el comunal, el urbano marginal, etc. Es algo que se opone al modelo jurídico centralista del Estado – nación. Está relacionado con el tema del multiculturalismo, en la medida que trata de resolver el conflicto que se presenta por la aplicación de las normas jurídicas estatales a personas con pautas culturales distintas a las de la cultura oficial, las cuales se rigen por su propio derecho, es decir, por normas consuetudinarias internalizadas en su vida de relación³⁶⁶.

En países social y culturalmente heterogéneos como el nuestro, la diversidad condiciona la existencia de formas o modelos jurídicos distintos al del Estado. Hay entornos culturales indígenas que se rigen por su propio derecho. El pluralismo legal es visto como un logro democratizador de la postmodernidad, pero para otros, sería más bien una tendencia que sintoniza con la ideología y la práctica del Estado neoliberal, que está interesado en privatizar y descentralizar la justicia a cargo de sistemas privados³⁶⁷.

En virtud del pluralismo jurídico, el Estado a pesar de su soberanía, reconoce la existencia de dos o más sistemas jurídicos ajenos al suyo, y en cuya creación no ha tomado parte alguna o lo ha hecho en forma incipiente, a través de algunas leyes complementarias de la Constitución, tal como sucede en el Perú con la Ley General de Comunidades

³⁶⁶ Véase STAVENHAGEN, Rodolfo. “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”. En *Entre la ley y la costumbre*: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México DF, 1990.

³⁶⁷ LUJÁN VARGAS, Juan Homar, CARRUITERO LECCA, Francisco, HINOSTROZA ANCASIME, José, “Núcleos rurales de administración de justicia comunal en Ayacucho. Una experiencia de la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas” en *Revista Jurídica Vía Legal*, año 11 – N° 2. Studio Setiembre 2005, pp. 262 – 263.

Campesinas y la Ley de Comunidades Nativas. En un orden jurídico como este, en lo que concierne al derecho oficial, la validez y la obligatoriedad de las normas legales, se deriva de la voluntad del Estado y en los otros ordenamientos jurídicos alternativos la fuente de validez y la obligatoriedad de las normas es la voluntad imperativa del grupo o comunidad.

Dentro del paradigma etnocéntrico del Estado-nación, el derecho ha desempeñado un rol fundamental. En este sentido, la Constitución, los códigos y las leyes, son producto de una única fuente normativa de origen estatal que rige todos los ámbitos de la vida nacional. En un sistema de fuentes legales como este, a excepción de las costumbres *secundum legem y prater legem*, no se concebía la existencia de un derecho distinto al legislado por los órganos del Estado³⁶⁸.

En la década de los años noventa del siglo pasado, el reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural en las constituciones de varios países latinoamericanos, trajo aparejado el reconocimiento del pluralismo legal. Era el complemento ideal de la reforma constitucional, toda vez que si se aceptaba la existencia de contextos culturales autónomos dentro de un mismo país, regidos por normas distintas a las del sistema romano-germánico, ya no era dable seguir considerando al Estado como fuente única y monopólica del derecho³⁶⁹.

³⁶⁸ GUEVARA GIL, Armando y THOME, Joseph. “Apuntes sobre el pluralismo legal”, en *ius st vertas*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año IX N° 19, 1993 pp. 298 – 300.

³⁶⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo considera que “.... Los ordenamientos actuales también son el resultado de una multiplicidad de fuentes que es, a su vez expresión de una pluralidad de ordenamiento “menores” que viven a la sombra, y que no siempre aceptan pacíficamente una posición de segundo plano. A este respecto, se ha hablado de “gobiernos particulares” o “gobiernos privados” que constituyen ordenamiento jurídicos sectoriales o territoriales.

De tales ordenamientos, algunos pueden considerarse enemigos del estatal y ser combatidos por ello, pero otros pueden ser aceptados para concurrir con las normas estatales en la formación de un ordenamiento de composición plural. De este modo, la estatalidad del derecho, que era una premisa esencial del positivismo jurídico del siglo pasado, es puesta en tela de juicio y la ley se retrae con frecuencia para dejar sectores enteros a regulaciones de origen diverso, provenientes bien de sujetos públicos locales, en conformidad con la descentralización política y jurídica que marca de forma característica la estructura de los estados actuales, bien de la autonomía de sujetos sociales, colectivos, como los sindicatos de trabajadores, las asociaciones de empresarios y las asociaciones profesionales, tales nuevas fuentes del derecho, desconocidas en el monismo parlamentario del siglo pasado, expresan autonomías que no pueden insertarse en un único y centralizado proceso normativo; la concurrencia de

Antes de que ocurrieran estos cambios, la única manera de escapar a la producción y sanción legislativa del Estado, era a través de los acuerdos y de los estatutos o normas internas de las asociaciones, comités o comunidades, fuera de ese contexto era un mito hablar del pluralismo legal y, por lo tanto, no se reconocía la existencia de sistemas jurídicos alternativos al estatal. La igualdad ante la ley, ha sido un artificio legal utilizado por las élites gobernantes para aplicar un solo derecho a todos, el del Estado y negar la existencia de una plurilegalidad subyacente en varios países. Para Griffith “(...) una situación de pluralismo legal – omnipotente y normal en la sociedad humana - es aquella en que el Derecho y las instituciones legales no pueden ser subsumidas por una solo “sistema”, sino que tienen sus fuentes, en las actividades autoregulativas de los diversos campos sociales involucrados (...)”³⁷⁰. Existen dos clases de pluralismo: el pluralismo clásico y el nuevo pluralismo.

8.1.1. El pluralismo clásico.

Es el pluralismo primigenio o tradicional, su objeto de estudio es limitado, toda vez que no abarca los escenarios legales de la informalidad, como el de los inmigrantes y el de los asentamientos urbano - marginales³⁷¹. Se ocupa solamente del análisis y la descripción del derecho estatal y del derecho consuetudinario indígena³⁷². Aquí, prácticamente no hay pluralismo, sino un

fuentes, que ha sustituido el monopolio legislativo del siglo pasado, constituye así otro motivo de dificultad para la vida del derecho como ordenamiento.

Según lo que se acaba de describir, hoy debe descartarse completamente la idea de que las leyes y las otras fuentes, consideradas en su conjunto, constituyen de por sí un ordenamiento como podría suceder en el siglo pasado. La crisis de la idea de código es la manifestación más clara de este campo. En estas condiciones, la exigencia de una reconducción a unidad debe tener en cuenta la crisis del principio de legalidad, determinada por la acentuada pérdida de sentido, pulverización e incoherencia de la ley y de las otras fuentes del derecho”. El derecho ductil, editorial trota, 2008, pp. 38-39.

³⁷⁰ GRIFFITHS, Jhon. What is Legal Pluralism, citado por GUEVARA GIL, Armando y THOME, Joseph, en Apuntes sobre el pluralismo legal, cit. p. 295

³⁷¹ DE SOTO, Hernando, ha recordado que “... la historia de los asentamientos humanos informales es la historia de la lucha de los informales por acceder a la propiedad inmobiliaria y también la de la constante derrota de la normatividad legal existente”. El Otro Sendero. La Revolución Informal, Instituto Libertad y Democracia 7ª edición, Lima, 1987, p. 59

³⁷² GUEVARA GIL, Armando y THOME, Joseph, op. cit, p. 300

dualismo legal³⁷³, ya que por un lado está el derecho del Estado compuesto por hechos, normas y valores, reflejado en textos legales, y por otro lado, el derecho de los pueblos indígenas que responde al sentido común y se expresa a través de la costumbre y de la oralidad.

8.1.2. El nuevo pluralismo legal.

Es aquel que contempla la coexistencia de varios sistemas jurídicos, incluyendo al del Estado y al de la informalidad urbana. En esta visión postmoderna del derecho, no se concibe una realidad en la que los distintos ámbitos de la legalidad estén separados y compitiendo entre sí, sino más bien intercalando experiencias. Para tal efecto, se han ideado mecanismos legales de coordinación, a fin de establecer una situación de interlegalidad³⁷⁴ y evitar interferencias que puedan afectar las relaciones entre los diferentes órdenes legales existentes en un mismo Estado; y trasgresiones a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

El reconocimiento del pluralismo legal no implica negar que dentro de un país existe un centro de poder que en última instancia unifica a los diferentes ordenamientos legales y los subordina a un orden mayor representado por la Constitución. De no ser así estaríamos ante una situación de anarquía normativa. Al respecto, conviene precisar que conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en uniforme jurisprudencia, la Constitución es la norma de normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal³⁷⁵. De este modo, una norma del sistema jurídico peruano resultará formal y materialmente válida sólo si resulta compatible o es coherente con los requisitos que para su

³⁷³ MERRY, SALLY, Engle, Legal Pluralism, en Law and Society Review 22(5), 1998, p. 879, cit. por Guevara Gil, Armando y Thome, Joseph, idem, p. 300

³⁷⁴ GUEVARA GIL, Armando y THOME, Joséph, op. cit. p. 296.

³⁷⁵ STC. Exp. N° 00047-2004-AI/TC.

creación sean exigidos por la norma constitucional, por ser jerárquicamente superior³⁷⁶.

Ninguna ley, norma con rango de ley u otra norma infraconstitucional puede desconocer principios fundamentales de la Constitución, tales como aquel que consagra que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º); los derechos y libertades fundamentales, la soberanía del pueblo (artículos 3º y 45º), el Estado Democrático de Derecho (artículos 3º y 43º), la forma republicana de gobierno (artículos 3º y 43º), entre otros³⁷⁷.

8.1.3. Otras clases de pluralismo legal.

Dentro de la concepción teórica del pluralismo legal, se habla también de un pluralismo jurídico “fuerte” y de uno “débil”. Su diferencia radica en el grado de intensidad que llega a tener cada uno de ellos en un contexto de plurilegalidad³⁷⁸. Así se considera pluralismo legal fuerte, cuando en una sociedad existen diferentes fuentes de legalidad compitiendo; y como pluralismo débil cuando pese a existir órdenes normativos diferenciados, reconocidos, éstos no derivan de una fuente legal distinta a la del Estado³⁷⁹.

8.1.4. El pluralismo legal en el Perú.

La existencia del pluralismo legal en el Perú ha sido reconocida en el artículo 149º de la Constitución. En nuestro país lo que hay es un tipo de pluralismo jurídico en el que, al lado del derecho estatal coexiste el derecho consuetudinario de las comunidades campesinas y de las comunidades nativas. A esto se le ha considerado pluralismo clásico”. Ahora bien, el hecho de

³⁷⁶ STC. Exp. N° 0005-2007-PC/TC

³⁷⁷ STC. Exp. N° 0005-2007-PC/TC

³⁷⁸ GRIFFITHS, John, cit. por GUEVARA GIL, Armando y THOME, Josep, op. cit. p. 294

³⁷⁹ Ídem, p. 294.

que se reconozca la existencia del derecho consuetudinario indígena al interior de las comunidades campesinas y nativas, no quiere decir que todo se reduce a una pura costumbre autoregulatoria de la vida comunal, porque actualmente estas organizaciones se rigen en parte por la Constitución, las leyes y reglamentos dictados por el Estado y en parte también por sus propios estatutos y los acuerdos que se adoptan en las asambleas generales de comuneros. A esto se le ha denominado también pluralismo jurídico débil.

8.2. Derecho o sistema normativo indígena.

Se dice que por ser el Perú, al igual que Bolivia, Ecuador y Colombia, una nación pluricultural, pluriétnica y multilingüe, existen dos sistemas jurídicos distintos: uno de origen estatal en el que impera la norma positiva y otro al que se le ha denominado sistema normativo indígena³⁸⁰. El primero se caracteriza, además de su obligatoriedad por ser eminentemente escrito y, el segundo por ser de origen no estatal fundado en la costumbre y la oralidad, pero también con efectos vinculantes en un espacio y tiempo dados.

Pueden y de hecho existen algunas prácticas consuetudinarias al interior de los pueblos originarios o comunidades, pero creo que es exagerado hablar de la existencia de un sistema normativo indígena, como sugieren algunos teóricos. Tal como van las cosas y tomando en cuenta el nivel de desarrollo y de especialización alcanzados por el derecho de los estados, es poco probable que aquellos países con diversidad cultural como el nuestro lleguen en el futuro a identificarse con un pluralismo jurídico fuerte. Los esfuerzos desplegados hasta ahora por algunos estudiosos empeñados en describir y explicar el derecho

³⁸⁰ Convenio N° 169 OIT. Artículo 8°
(...)

a. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

indígena como un sistema no son muy alentadores³⁸¹. Como veremos enseguida, lo que hay en la literatura jurídica sobre este tema solo son propuestas o especulaciones teóricas que por ser muy ambiguas no consiguen despejar las dudas o interrogantes que se plantean, acerca de lo que vendrían a ser los sistemas normativos indígenas.

López Bárcenas sostiene que “Los sistemas normativos indígenas responden a una racionalidad distinta a la del derecho legislado y que no es posible explicar los sistemas normativos indígenas a partir del esquema del derecho positivo, sino del realismo postulado por H.L. Hart, quien construye el sistema jurídico a partir de la clasificación de las reglas o normas en primarias o secundarias, subdividiendo estas últimas en reglas de reconocimiento, de arribo y de adjudicación”³⁸². Este autor pretende explicar la génesis de los sistemas normativos indígenas desde una perspectiva distinta a la del modelo positivista Kelseniano, en el que el sistema jurídico se construye a partir de una norma fundamental³⁸³. El modelo escogido para este experimento es el desarrollado por H.L. Hart, al que Ronald Dworkin se ha referido como un modelo de reglas³⁸⁴.

López Bárcenas afirma que “Este modelo” (el de Hart) es más adecuado que el anterior para explicar los sistemas normativos indígenas. Es claro que en ellos podemos encontrar normas o reglas que establecen

³⁸¹ Desde una óptica positivista, el orden jurídico estatal es considerado como “... un gran universo de principios y normas jurídicas que tiene una estructura general y funciona con ciertas reglas de sistema, que lo hacen distinto a otros sistemas normativos (costumbres sociales, moral, etc); y, hacia dentro, que se va conformando en conjuntos, sub-conjuntos y grupos, hasta llegar a las unidades normativas más elementales; las normas jurídicas individualmente consideradas (...).” RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho; Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Sexta reimpresión, febrero 2006, p. 251.

³⁸² LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco. El Derecho Indígena y la Teoría del Derecho, en Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2002, pp. 200-2001.

³⁸³ “Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma básica. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues a un orden determinado únicamente, cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden”. KELSEN, Hans Teoría Pura del Derecho. Eudeba, Buenos Aires, 1982, p. 135.

³⁸⁴ ALEXI, Robert, aclara que “según Hart, el derecho es un sistema de reglas que puede ser identificado recurriendo a la regla de reconocimiento (*rule of recognition*). La función de esta regla se corresponde con la de la norma básica de Kelsen. Sin embargo (...) su status es de un tipo totalmente distinto. Su existencia es hecho social”. El concepto y la validez del derecho, gedisa editorial S.A., segunda edición, octubre de 1997, Barcelona, p. 26

derechos y obligaciones para los individuos que forman parte del pueblo que reclama su derecho de regir su vida por su propio sistema normativo (...). Estas normas corresponderían a las reglas primitivas del sistema”³⁸⁵. Agrega este autor que “... podemos encontrar criterios para determinar cuándo una norma es jurídica y cuando es una costumbre *lato sensu* o uso social lo que equivaldría a la regla de reconocimiento”³⁸⁶.

Del mismo modo refiere que “la regla de adjudicación, es decir, la que otorga competencia a ciertos individuos para decidir si se ha infringido o no una norma primaria, se cumple cabalmente en los sistemas normativos indígenas, puesto que en todos ellos podemos encontrar instituciones y autoridades encargadas de tal función”³⁸⁷. Empero, el susodicho autor reconoce que” [...] Un punto que puede ser problemático es el de las reglas de cambio, las que establecen los procedimientos para que las reglas primarias, cambien de sistemas y confieran potestades a funcionarios y particulares para que en ciertas condiciones creen reglas primarias”³⁸⁸. Aclara que “dado el carácter consuetudinario del derecho Indígena no es posible determinar tales reglas, lo que si puede hacerse es reconocer cuando una norma ha dejado de pertenecer al sistema, se ha modificado o ha ingresado a él otra nueva...”³⁸⁹. Luego entra en duda y se pregunta “Sí por este hecho el realismo jurídico dejaría de considerar sistemas jurídicos a los conjuntos de normas jurídicas de los pueblos indígenas”³⁹⁰.

Según López Bárcenas, otro escollo, el principal que se presenta en este caso, se debe a que mientras la escuela positivista define al derecho como un orden normativo, cuya validez depende de una norma fundamental o básica en los sistemas normativos indígenas esto no se da, ya que al ser normas consuetudinarias y no tener una norma fundamental

³⁸⁵ LÓPEZ BÁRCENAS, op. cit. 201.

³⁸⁷ Idem, p. 201

³⁸⁸ Idem, p. 201 - 202

³⁸⁹ Idem, p. 202

³⁹⁰ Idem, p. 202

o básica que las fundamente, ni autoridad alguna que las cree, ni procedimientos establecidos para hacerlo, serían inexistentes³⁹¹. Al final, el citado autor es consciente de las dificultades que existen para caracterizar el Derecho Indígena desde las categorías de la teoría jurídica, para que pueda ser ejercido por los interesados en defender sus derechos y para que los tribunales estén en posibilidad de resolver conflictos conforme a ello³⁹².

8.2.1. Algunas definiciones.

En lo tocante a la norma consuetudinaria, se suele distinguir entre lo que son los usos y costumbres. Para López Bárcenas, los usos y las costumbres vendrían a ser “una especie de costumbres que no se consideran obligatorias para todos los miembros de una comunidad y, por tanto no todos se sienten constreñidos a actuar conforme a ellos”³⁹³. Mientras que “la costumbre jurídica es general, obligatoria y su violación trae aparejada una sanción”³⁹⁴. Otra nota distintiva entre usos y costumbres, sería que en el uso falta el elemento subjetivo que genera la obligatoriedad, la llamada “*opini3n iure sive necessitatis*” u “*opinio iuris*”³⁹⁵.

Como se sabe, la costumbre jurídica est3 compuesta por un elemento material y un elemento espiritual. El elemento material de la costumbre hace referencia a la pr3ctica reiterada y constante, es decir, alude a la duraci3n y reiteraci3n de conductas en el tiempo (*consuetudo inveterante*)³⁹⁶. El elemento espiritual de la costumbre, hace referencia a la existencia de una conciencia social, acerca de la obligatoriedad de una pr3ctica reiterada y constante, es decir, alude a la convicci3n generalizada respecto a

³⁹¹ Idem, p. 200

³⁹² Idem, p. 203

³⁹³ Idem, p. 195.

³⁹⁴ Idem, p. 195.

³⁹⁵ Idem, p. 185

³⁹⁶ VEGA MERE, Yuri. “Costumbre y ley como fuente del Derecho” en Derecho Privado, Grijley, 1996, p. 39

la exigibilidad jurídica de dicha conducta (*opinio iuris necessitatis*)³⁹⁷.

El derecho consuetudinario indígena, es considerado un sistema de normas jurídicas reguladoras de la vida de los pueblos originarios o comunidades y de los procedimientos de la justicia comunal. La costumbre constituye la fuente primordial de este derecho. Empero, este tipo de costumbre sería distinta a la costumbre jurídica de la que se ocupa la Teoría General del Derecho³⁹⁸. La diferencia entre una u otra costumbre jurídica estriba, en que mientras la primera es considerada simplemente como una fuente supletoria del sistema jurídico estatal y solo se aplica *secundum legem y praeter legem*, la segunda de ellas, la de los pueblos indígenas, en virtud del reconocimiento constitucional del pluralismo legal se puede aplicar incluso *contra legem*, y por sí misma es considerada por muchos teóricos como un sistema normativo aplicable a esos pueblos.

Como hemos visto, en un contexto jurídico diferente al del sistema romano – germánico, también se habla de un derecho consuetudinario indígena y de sistemas normativos indígenas como si fuesen lo mismo³⁹⁹. Entre los autores nacionales, Ballón se muestra reticente a admitir que un sistema jurídico indígena se

³⁹⁷ STC Exp. N° 0047-2004-AL/TC, fj. 40

³⁹⁸ En la Teoría General del Derecho se dice que “Cuando un individuo repite un mismo modelo de conducta frente a la circunstancias semejantes, decimos que tal modelo de conducta constituye en el un hábito. Cuando un grupo o comunidades de individuos comparte el mismo hábito a lo largo del tiempo, nos inclinaremos a aceptar la existencia de una costumbre. Cuando una costumbre provoca que los intereses de las personas se adecúen a ella, de modo tal que las conductas divergentes lesionen expectativas y generen quejas, nos parece razonable hablar de una norma consuetudinaria. Cuando esta norma es efectivamente reconocida por los jueces u otros órganos del poder coactivo comunitario como fundamento de sus decisiones, ya no tenemos duda alguna; nos hallamos ante una norma jurídica consuetudinaria.

El hecho normativo consuetudinario no solo puede introducir prohibiciones, derechos u obligaciones; también puede eliminarlos. En el mismo sistema de pensamiento que admite la costumbre como fuente formal del derecho se ha admitido la abrogación consuetudinaria de normas preexistentes, ya sea que emanen éstas de la costumbre o de la ley, el fenómeno es llamado desuso o desetudo. Es más; Kelsen ha interpretado que la costumbre no se encuentra, como la ley sujeta a limitaciones de jerarquía. Directamente derivada de la norma fundamental, la norma consuetudinaria puede referirse a contenidos propios de cualquier nivel normativo”, GUIBORG, A, Ricardo”. Fuentes del Derecho”, en GARZON VALDEZ, Ernesto (ed) El Derecho y la Justicia, Madrid, Trotta, 2da edición, 2000, pp. 181-182

³⁹⁹ LOPEZ BARCENAS, op cit, p. 185

reduzca al llamado derecho consuetudinario⁴⁰⁰; aunque luego reconoce que el carácter jurídico de ambos conceptos normativos, proviene del hecho de ser producido por un sistema cultural indígena reconocido por el Estado⁴⁰¹.

Creo que una formulación más coherente y realista del derecho de los pueblos indígenas, debería eliminar de su bagaje teórico el término sistema, por no ser el más adecuado para caracterizar a un conjunto de normas jurídicas aisladas que emanan de la costumbre. Bobbio aclara que no todo sistema de normas (como por ejemplo, el sistema normativo moral) puede ser asimilado por su estructura a un ordenamiento jurídico⁴⁰². En torno a los denominados sistemas normativos indígenas, se quiere armar un discurso o una teoría sobre algo que no está plenamente definido en términos jurídicos e institucionales.

8.2.2. Un modelo para armar.

López Bárcenas, a quien tomamos como referente en lo que concierne al estudio de los sistemas normativos indígenas, considera que las normas consuetudinarias poseen una naturaleza objetiva, similar sentido, estructura lógica, pretensión formal de validez e imperio inexorable que las demás normas jurídicas⁴⁰³. Veamos hasta qué punto es cierto esto. En primer lugar, captar la existencia de las normas jurídicas consuetudinarias y traducirlas en fórmulas de solución concretas

⁴⁰⁰ BALLÓN AGUIRRE, Francisco. Introducción al Derecho de Los Pueblos Indígenas, Defensoría del Pueblo, 2003, p. 135

⁴⁰¹ Ídem, p. 136. Ballón Desarrolla una idea del derecho de los pueblos indígenas, que se concreta en pautas de orientación, tales como: 1. Precisa el derecho a existir como fundamento o principio de todo pueblo indígena para su acción en el campo socio cultural y del conocimiento; 2. Legitima al pueblo indígena a una Nación y a un Estado; 3. Sirve de mecanismo que aglutina a los pueblos indígenas en una negociación jurídica con el Estado; 4. Define en una declaración de principios de derechos humanos el ámbito y límite de que corresponde o es reservado al derecho indígena interno; 5. Reconoce la legitimidad del autogobierno y la representación indígena; 6. Permite un diseño multifacético de ámbitos de relación jurídica; 7. Diseña el efecto legal del derecho a existir como un valor dominante y delimita los campos que le son subordinados tales como la autodeterminación, la autonomía, el territorio, la cultura, etc. op. cit. P. 115.

⁴⁰² BOBBIO, Norberto. El Positivismo Jurídico, Madrid, Debate, 1993, p. 202

⁴⁰³ LÓPEZ BÁRCENAS, op. Cit, p 198.

es bastante complicado. Es imposible saber si la estructura de la norma jurídica consuetudinaria está formulada en los términos de “supuesto” y “consecuencia”, como ocurre con las leyes escritas; o si por el contrario escapa a los condicionamientos formalistas expuestos por el antiguo derecho de los estados, entre ellos el principio de legalidad.

De otro lado, no es tarea fácil deducir de los diferentes comportamientos las reglas que conforman el denominado sistema normativo indígena. Se tendría que hacer una complicada indagación en la psique de cada uno de los integrantes del grupo, para saber si se trata de normas permisivas, prohibitivas, etc. Da la impresión que este supuesto sistema jurídico solo está compuesto por normas prohibitivas: la prohibición de no matar, de no hurtar, de no robar, de no violar, de no cometer adulterio, etc., dirigidas a todos los miembros de la comunidad jurídica.

Está también la cuestión de la publicidad de las normas (la promulgación) que en este caso no existe, toda vez que se trata de normas no escritas; lo relativo a la prohibición de la retroactividad de las normas; la cuestión de la derogación de una norma de derecho consuetudinario indígena, que podría ser derogada por una costumbre nueva o por el desuso (*duesetudo*), por lo que es difícil saber si esta clase de derecho tiene una vigencia real y efectiva.

La falta de un análisis empírico y de criterios que nos permitan identificar cuáles y cuántas son las reglas de conducta que conforman los sistemas normativos indígenas, conlleva a que exista confusión y se considere como derecho consuetudinario a los métodos que emplean las rondas campesinas para reprimir conductas, que los integrantes de estas organizaciones

consideran dañinas o antisociales en sus respectivas jurisdicciones.

En todo caso, convendría establecer un catálogo de acuerdos comunitarios, sobre que costumbres tienen el carácter de obligatorias y, por lo tanto, pueden ser consideradas como preceptos de derecho consuetudinario indígena, ya sea en materia civil o penal, etc⁴⁰⁴, tal como ocurre con las aforismos, los tópicos, a no ser que al igual que los principios generales del derecho, las costumbres jurídicas tampoco puedan ser listadas⁴⁰⁵. Recién a partir de allí se podría pensar en la posibilidad de construir un orden legal basado en la costumbre. Pero las costumbres jurídicas dejarían de ser tales si después adquieren el carácter de normas escritas (prescripciones) sancionadas por un órgano facultado para ello. Es el caso de las costumbres que se convierten en leyes, o aquellas que son incorporadas en los estatutos de las comunidades campesinas.

La falta de precisión y de conocimiento de las reglas emanadas de la costumbre jurídica, puede prestarse a la arbitrariedad de quienes son los llamados a aplicarlas a los casos concretos. En otras palabras, cabe preguntarse, si lo que realmente se aplica es el derecho consuetudinario de las mayorías, o más bien el derecho de los grupos de poder existentes al interior de esos pueblos o comunidades. La costumbre al no emanar de un orden legislativo, expresión de la voluntad popular, es en cierta forma antidemocrática. Esto no sucede con el derecho de las comunidades legislado en estatutos que son aprobados democráticamente en asambleas generales

⁴⁰⁴ La forma como la costumbre regula una relación jurídica de carácter civil, se da en los llamados “contratos al partir”, o en la transferencia de posesión de parcelas y venta de mejoras que se celebran en varias comunidades campesinas entre comuneros y entre éstos con personas ajenas a la comunidad.

⁴⁰⁵ Vid, al respecto DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, traducción de Marta Gustavino, 2da reimpresión, 1995, editorial Ariel, S.A. Barcelona, pp. 127-128.

convocadas para tal efecto, en virtud de las facultades legislativas y de la autonomía que les es reconocida por la Constitución.

En materia de interpretación, sería el criterio finalista el llamado a utilizarse, por estar en consonancia con el análisis del contexto cultural en que se originan y se aplican las normas del derecho consuetudinario indígena, en las que no es posible emplear la interpretación literal por ser normas no escritas, ni la interpretación sistemática, por tratarse de reglas que al no ser visibles, no es posible saber si están articuladas a un todo, o si conforman un sistema dotado de autoridad que lo legitime. Es necesario interpretar y racionalizar la aplicación de la norma consuetudinaria para que esta responda a los fines sociales y a los criterios de justicia que le dieron origen, tarea que corresponde a personas u órganos especializados.

Lo expuesto hasta aquí en resumidos términos, nos permite concluir que la noción de un derecho consuetudinario indígena, visto como si se tratara de un sistema normativo autónomo y coherente, tal como lo describen o lo avizoran algunos teóricos del neo indigenismo postmodernista, no es epistemológicamente sostenible. Es imaginario creer que un conjunto de costumbres jurídicas dispersas y desvinculadas entre sí, que se expresan a través de la oralidad, lleguen a constituir un corpus unificado de reglas y principios susceptibles de ser interpretados y aplicados a las casos concretos, como sucede con el sistema jurídico de los estados⁴⁰⁶.

En vez de emplear estereotipos legales vinculados a la Teoría General del Derecho que no encajan en la realidad de los pueblos

⁴⁰⁶ Sobre la concepción del derecho como un Legal System, Calsamigla recuerda que: “El mismo Kelsen reconoció en la última etapa de su vida que el derecho no es necesariamente un sistema y que ni el derecho ni la ciencia del derecho pueden despojarlo de sus contradicciones y de sus lagunas”. CALSAMIGLA, Alberto. Introducción a la Ciencia Jurídica, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1986, p. 115.

indígenas, es preferible hablar de un derecho indígena a secas basado en las costumbres de esos pueblos. Sería una manera de ver al derecho como práctica social; es decir como algo diferente al enfoque positivista que trata al derecho como un sistema normativo válido en sí mismo, que solo toma en cuenta la vigencia formal de la norma y su grado de perfección interna como sistema lógico.

8.2.3. El derecho de las comunidades campesinas.

El derecho de las reducciones, común de indios o comunidades indígenas, recién se empieza a forjar durante el Estado colonial. Estas organizaciones, aparte de observar las leyes de indias, se regían también por sus propios hábitos y costumbres y estas fueron inclusive aceptadas como fuente supletoria del Derecho Indiano⁴⁰⁷. En el Perú es equívoco hablar de la existencia de un sistema normativo indígena, con características distintas a las que actualmente tiene el derecho de las comunidades campesinas, de las que ya nos hemos ocupado anteriormente. Hay que tener en cuenta también que durante el Tahuantinsuyo no hubo derecho, pues, el que los incas hayan tenido un sentido común orientado a preservar su existencia colectiva, no quiere decir que había un orden jurídico general establecido que pueda ser calificado como derecho incaico⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Cfr. BASADRE GORMAN, Jorge. Historia del Derecho Peruano, Edigraf, Lima, 11va edición, reimpresión, 1986, pp. 377-378.

⁴⁰⁸ Sobre si hubo o no un derecho inca, el ius historiador peruano DEL SOLAR ROJAS, Francisco José, refiriéndose a la obra del maestro J. Basadre señala que “La obra de 1937 de nuestro maestro fue novedosa, sustantiva y muy importante para el dictado del curso de Historia del Derecho peruano. En verdad, Basadre recogió y sistematizó todo lo que se conocía y se tenía hasta entonces. Una de las principales fuentes que trabajaron los profesores de esta asignatura que precedieron a Basadre Gormán fue los Comentarios Reales del cronista mestizo Garcilazo de la Vega (Cuzco 1539 – Córdova, España 1916, bautizado con el nombre de Gómez Suárez de Figueroa). Respecto de éstos – los comentarios – siempre se tuvieron como una narración histórica, y sirvieron para construir una historia jurídica de acuerdo con lo que este cronista escribió recordando lo que su madre y parientes indígenas le habían contado cuando él era aún niño. Algo más, siguiendo esta línea etnocentrista e historicista, hubo algunos abogados no historiadores profesionales que revisaron otras crónicas y se lanzaron a afirmar la existencia de un “Derecho Inca” en el “Imperio del Tahuantinsuyo”, como el caso de José Varallanos o Vara Llanos (1908 – 1997), quien se basó en la Nueva Crónica y Buen Gobierno del Perú, del cronista indio Felipe Guamán Poma de Ayala (1943). Así también el historiador no abogado, Atilio Sivilich Tapia (Cusco 1905 – Lima 2000) con su obra Derecho Indígena peruano. Proyecto de código indígena (1946). Obras que fueron más de lo mismo, sin investigación ni análisis

La Ley General de Comunidades Campesinas promulgada por el Estado, tiene como finalidad proteger a estas organizaciones y reafirmar la autonomía que la Constitución les reconoce. El dictado de una ley de textura abierta como ésta, no impide que sean las comunidades las que establezcan su propio régimen legal, en relación con el territorio, la organización comunal, el autogobierno, etc. En este sentido, los estatutos que son cuerpos legales aprobados democráticamente en asambleas generales de comuneros, son la fiel expresión de lo que actualmente constituye el derecho de las comunidades campesinas.

En un ordenamiento legal como este, fundamentalmente escrito, son pocas las costumbres jurídicas de las comunidades que escapan a la regulación estatutaria. Así que no es cierto que las comunidades campesinas estén siendo regidas totalmente por el denominado derecho consuetudinario indígena, tal como lo conciben algunos teóricos que se ocupan del estudio de este derecho⁴⁰⁹.

interdisciplinario de la historia y el derecho, de la antropología y de la etnohistoria, y etcétera”. Agrega Del Solar que “.... El discípulo y sucesor en la cátedra de Historia del Derecho Peruano en la UNMSM de Basadre Grohman, el jurista e historiador Juan Vicente Ugarte del Pino (Lima - 1923), a la luz de los nuevos aportes historiográficos (...), a partir de los años 70, afirmó “tampoco sería serio ni científico, presuponer como existente un derecho Inca o incaico, tipificándose desde un “etnocentrismo” viciado. Defecto que proviene desde las mismas fuentes consultadas, en su mayoría las Crónicas de la Conquista y en especial las obras de los escritores del siglo XVII como Garcilazo y Guamán Poma, con el añadido de que todas las lagunas existentes han sido rellenas a base de hipótesis, lo cual es peligroso cuando se trata de estudiar las constantes jurídicas y la línea de evolución de un pueblo” Del Solar recuerda finalmente que “....los incas recién aparecieron en el siglo XIII y fueron conquistados en 1532. Más aún, hablando con propiedad, el Estado inca, como tal se fortalece y desarrolla recién a partir del noveno inca, Pachacutec, quien inició su gobierno en 1438, esto es 94 años antes de la invasión española. De ahí que, afirmamos, que les faltó tiempo para perfeccionar sus formas de control y regulación que bien pudieron convertirse en derecho, siguiendo la tesis del maestro y ius historiador alemán Friedrich Karl Von Savigny (1779 – 1861), padre del “positivismo jurídico” y de la Escuela Histórica del Derecho”. “Nueva historia del derecho peruano”, en *Jurídica* suplemento de análisis legal del diario El Peruano, 15.2.2011, año 7 N° 342, pp. 5-8.

⁴⁰⁹ BALLÓN llama a las actuales comunidades campesinas “comunidades jurídicas”; alucina al sostener que esta clase de comunidades deben dar paso a la comunidad sociológica y de allí al pueblo indígena como unidad mayor de sentido jurídico e identidad”. Tal vez, sin proponérselo este autor preconiza un retroceso histórico hacía formas culturales atávicas, op. cit. p. 117. Alguien ha dicho que “somos una cultura truncada por otra”; consecuencia del “viejo colonismo occidental” y tiene razón. Primero las comunidades se vieron afectadas por el fenómeno del mestizaje y después por el desarrollo capitalista de la sociedad peruana. A estas alturas, las comunidades ya no son las mismas de antaño, es imposible volver atrás.

Lo consuetudinario en las actuales circunstancias, se reduce a una que otra práctica costumbrista con autoridad suficiente, como para ser considerada como fuente del derecho de las comunidades campesinas. Generalmente, este tipo de costumbre jurídica se aplica en la solución de conflictos civiles y en la aplicación de sanciones penales por infracciones o delitos cometidos por comuneros al interior de las comunidades.

8.3. La justicia comunal en el Perú.

8.3.1. Definición.

La justicia comunal está compuesta por principios, normas escritas y de derecho consuetudinario y por procedimientos, a través de los cuales, las rondas campesinas y las autoridades de los pueblos originarios del Perú o comunidades campesinas y nativas, con la autonomía que les reconoce a estas últimas la Constitución de la República, ejercen funciones jurisdiccionales en sus respectivos territorios.

8.3.2. Otras definiciones.

En el predictamen recaído en los proyectos de ley 313/2011-PJ y 2751/2013-CR, con un texto sustitutorio en el que se propone una Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia, se cita el informe “Justicia Comunal en el Perú”⁴¹⁰, en el que se dice que la justicia comunal “es el conjunto de sistemas conformados por autoridades, normas (orales o escritas) y procedimientos propios, a través de los cuales los pueblos indígenas regulan la vida interior de sus comunidades para resolver sus conflictos. Esta justicia busca principalmente resolver los problemas de la

⁴¹⁰ Elaborado por la Cooperación Alemana para el Desarrollo (ET2) y el Ministerio Federal de Cooperación Económica y desarrollo (BM2).

comunidad y mejorar la calidad de vida de sus integrantes, porque para ella no existe una pelea ni un ganador”⁴¹¹.

Raquel Yrigoyen considera que “La jurisdicción especial comprende todas las potestades que tiene cualquier jurisdicción: *Notio, iudicium, imperium y coercio*. Esto es, la potestad para conocer los asuntos que le corresponden, incluyendo funciones operativas para citar a las partes, recaudar pruebas (*notio*); la potestad para resolver los asuntos que conoce, siguiendo su propio derecho (*iudicium*), y finalmente, la potestad de usar la fuerza para hacer efectivas sus decisiones en caso de ser necesario. Ello comprende acciones que pueden ser restringir derechos como ejecutar detenciones, obligar a pagos, a realizar trabajos, etc, (*coercio o imperium*)”⁴¹².

8.3.3. El reconocimiento de la justicia comunal.

El artículo 149° de la Constitución Política del Perú establece que “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona”. El reconocimiento del pluralismo jurídico en la vigente Constitución Política de 1993, es un poco tardío, debió hacerse en la Constitución de 1920 o en la de 1933, lamentablemente en aquel entonces los sectores políticos más progresistas de la sociedad peruana, se encontraban encandilados con la idea de forjar un Estado – nación etnocéntrico, acorde con los paradigmas modernistas de la ilustración europea; por ello ni siquiera

⁴¹¹ Congreso de la República, Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, predictamen recaído en los proyectos de ley 313/2001-PJ y 2751/2013-CR, con un texto sustitutorio por el que se propone la Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia, p. 25.

⁴¹² YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Rondas Campesinas y Desafíos del Pluralismo Legal en el Perú, p 16, en <http://www.jus.unitin.it/Cardozo/revisión/2008/fajardo.pdf>.

asomaba por sus mentes reconocer al Perú como un Estado pluricultural, pluriétnico y multilingüe.

No se trata de una delegación de funciones que hace el Estado a favor de las comunidades, sino más bien del reconocimiento que hace la autoridad estatal de la autonomía jurisdiccional que tienen estas organizaciones, las que desde antaño resuelven sus conflictos con arreglo a sus estatutos y al derecho consuetudinario heredado de sus antepasados. Lo especial de la justicia comunal radica en que se reconoce a las comunidades campesinas y nativas, su derecho a impartir justicia bajo el imperio de sus propias normas y procedimientos surgidos ambos de su cultura e identidad colectiva⁴¹³.

A la luz del artículo 89° de la Constitución, se puede decir que la ley no es un factor limitante del derecho y de la justicia de las comunidades campesinas y de las comunidades nativas, porque son atribuciones que le son reconocidas a estas entidades de los pueblos indígenas por el artículo 149° de la misma Carta Magna, primando en este caso el principio de especialidad. Esto quiere decir que puede existir un derecho consuetudinario comunal *contra legem* que debe ser respetado por el Estado, siempre que no sea contrario a la Constitución⁴¹⁴.

⁴¹³ En el citado predictamen de los proyectos de ley 315/2011-PJ y 2751/2013, se dice que se ha optado por la denominación “jurisdiccional especial” y no por “jurisdicción especial comunal”, debido a que esta última tiene un alcance restrictivo y no incorpora el ámbito de la administración de justicia que corresponde a las rondas campesinas y pueblos indígenas; además el artículo 149° de la Constitución Política del Perú, en su última parte, hace referencia al término “jurisdicción especial”, p. 36.

⁴¹⁴ El Convenio 169 de la OIT, establece entre otras disposiciones las siguientes:

Artículo 8.2: Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Artículo 9.1: En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

Al respecto, Yrigoyen Fajardo, recuerda que la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que “si la jurisdicción especial tuviera que respetar toda la Constitución y las leyes, devendría vacía, de tal modo que sólo debe respetar lo que ella llama los mínimos fundamentales; el derecho a la vida (no matar), integridad física (no torturar), libertad (no esclavizar) y la previsibilidad de la sanción como principio del debido proceso (Sánchez, 1998; Sánchez y Jaramillo, 2000)”⁴¹⁵.

8.3.4. Aplicación de la justicia especial.

En los territorios indígenas de la amazonia y de la zona alto andina donde predomina la lengua quechua y aimara, la costumbre jurídica se constituye en un saber práctico que sustituye a la jurisprudencia como técnica de resolución de conflictos, el presidente de la comunidad o un consejo de apus sustituye al Juez en la función de impartir justicia. Estas comunidades viven y se desarrollan sin necesidad de juristas profesionales; muchas veces las decisiones de éstos son incompatibles y contrarias al sentido común o al sentimiento colectivo de estos pueblos.

Los intercambios culturales con el resto del país y el fenómeno del mestizaje, han hecho que la mayoría de comunidades campesinas de la sierra y de la costa se empoderen con los juzgados de paz que son el primer eslabón de la justicia ordinaria⁴¹⁶. En estas comunidades se sanciona internamente aquellas infracciones administrativas que están previstas en sus estatutos. En casos menos graves que merecen sanciones como

⁴¹⁵ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. Texto que forma parte de Estado pluricultural, derecho indígena y control penal en los países andinos. Tesis doctoral elaborada por la autora para la Universidad de Barcelona, p. 158

⁴¹⁶ La Ley N° 29824, Ley de Justicia de Paz, establece en su artículo 60° que “En los centros poblados donde coexisten juzgados de paz con organizaciones comunales como las rondas campesinas, comunidades campesinas o comunidades nativas, deben trabajar coordinadamente para una adecuada administración de justicia, de conformidad con el artículo 149° de la Constitución Política del Perú”.

amonestación verbal, amonestación escrita y multa interviene la junta directiva y en los casos más graves que merecen suspensión de algunos derechos, revocatoria de cargo o mandato, pérdida de la condición de comunero y expulsión interviene la asamblea general de la comunidad.

8.3.5. El Código Procesal Penal y la justicia especial.

Una de las novedades que nos trajo el nuevo Código Procesal Penal, es la incorporación del artículo 18° inciso 3), el cual dispone que la jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer de los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149° de la Constitución. Esto a su vez implica admitir que el derecho que existe en las comunidades es un derecho penal consuetudinario que no se rige por el principio de legalidad o de reserva de la ley previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal⁴¹⁷.

La cultura abarca la totalidad de los productos del hombre, entre ellos el derecho. En este sentido Chunga Hidalgo recuerda que premonitoriamente ya en 1903 Max E. Mayer expuso su doctrina denominada “normas de cultura”, en la que señaló que el ordenamiento jurídico es un orden de cultura y lo antijurídico se conceptualiza como una infracción a las normas de cultura⁴¹⁸. Creo que hoy existe la necesidad de adecuar el lenguaje jurídico penal a los postulados del Estado pluricultural consagrado por la Constitución, de lo contrario se estaría soslayando la existencia de un sistema normativo culturalmente distinto al oficial o estatal, el de las comunidades o pueblos originarios del Perú.

⁴¹⁷ CHUNGA HIDALGO, Laurence. “El culturalmente condicionado en el Derecho Penal”, en Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica N° 140, mayo 2010, p 195.

⁴¹⁸ Idem, p. 193. El autor de este artículo se remite a una cita efectuada de MAYER por JIMENEZ DE ASUA, Luis en la Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal, 13° edición, Sudamericana, Buenos Aires, p. 276.

En lo que respecta a los delitos que se cometían en los territorios de casi todas las comunidades campesinas y nativas del Perú, quizás por desconocimiento de los comuneros de su derecho, y de otro lado debido a la reticencia de jueces y fiscales a admitir que puedan existir otras formas de justicia al interior de las comunidades, o de creer que la justicia especial comunal está subordinada a la justicia ordinaria, hasta antes de entrada en vigencia del inciso 3) del artículo 18° del Código Procesal Penal, no se respetaba el pluralismo jurídico, no obstante el tiempo que tiene en vigencia el artículo 149° de la Constitución.

Aún en la actualidad, si unos comuneros o los integrantes de una ronda campesina detienen a un abigeo, le incautan el ganado sustraído y lo entregan a la autoridad policial inmediatamente son denunciados por el presunto abigeo por los delitos de secuestro, robo agravado, usurpación de autoridad, etc., a pesar que en anterior oportunidad la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha establecido que la conducta de los ronderos en estos casos no reviste el carácter doloso que requiere el tipo penal de secuestro (se refiere a la cadena ronderil), dado que su actuar se encuentra normado y regulado por el artículo 149° de la Constitución, y que en consecuencia, al haber concurrido la causa de justificación “el actuar por disposición de la Ley”, si bien la acción es típica; sin embargo no es antijurídica, y por ende tampoco culpable⁴¹⁹.

Lo propio ocurrió con el presidente del Gobierno Regional de Cajamarca Gregorio Santos, acusado de secuestrar a Petronila Vargas Santa Cruz y de impedir las funciones del Ministerio Público, hechos que habrían sucedido entre octubre y noviembre del 2005. El Juzgado Colegiado de Jaén consideró que en este

⁴¹⁹ Resolución N° 975-04 de fecha 9.6.2004.

caso no hubo privación ilícita de la libertad, sino aplicación de la justicia comunal que la ley reconoce a las rondas campesinas. La Primera Fiscalía Penal Corporativa de San Ignacio – Cajamarca, había pedido 25 años de pena privativa de libertad para Gregorio Santos, entonces presidente de las rondas campesinas de Cajamarca, Ydelso Hernández Llamo, presidente de la Central Única de Rondas Campesinas del Perú CUNAR y Eleanita Zavaleta García, ex consejera regional y dirigente ronderil.⁴²⁰

En tal sentido, podemos señalar que el artículo 18° inciso 3) del Código Procesal Penal, es un mecanismo procesal de protección de la diversidad cultural y una clara expresión del pluralismo legal consagrado por la Constitución. Su aplicación demanda un cambio de mentalidad de los operadores de la justicia, una profunda transformación ética, normativa e ideológica, ya que solo así les será posible dejar de lado la vieja creencia de que el Estado tiene el monopolio absoluto de la justicia y que todos deben ser medidos con una misma vara sin respetar sus diferencias culturales.

8.3.6. La Ley de Coordinación.

El artículo 149° de la Constitución Política del Perú, al que ya nos hemos referido en varias oportunidades señala que “Las autoridades de las Comunidades Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgado de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

⁴²⁰ Diario “La República”, 14.3.2005, p.7

Por mandato de la Constitución es obligatorio contar con una Ley de Coordinación que fije las pautas o formas de coordinación intercultural que deben existir entre la jurisdicción comunal o indígena y las diferentes instancias de la justicia ordinaria, sin excluir de los alcances de esa ley a las autoridades policiales y a las de la Fiscalía, a las del Instituto Nacional Penitenciario, a las del Instituto de Medicina Legal, etc. Ruiz Molleda considera que es el interculturalismo y no el multiculturalismo el que mejor encaja con la obligación de coordinación entre la justicia comunal y la justicia estatal⁴²¹. Nosotros creemos que entre multiculturalismo y el interculturalismo hay una íntima relación, siendo uno el complemento del otro. Los dos son procesos activos y vitales, las dos caras de una misma moneda.

En pos de lograr el fortalecimiento de las labores de la justicia comunal, la Defensoría del Pueblo estima que es necesario modificar el artículo 149° de la Constitución, añadiendo el siguiente párrafo:

“Las autoridades de los pueblos indígenas, comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho comunal respectivo.

Las autoridades policiales, fiscales, judiciales y, en general, todas las autoridades estatales respetarán tales decisiones siempre que observen los derechos constitucionales y los derechos humanos internacionalmente reconocidos. La ley establecerá las formas de coordinación correspondiente entre la justicia comunal y la justicia ordinaria”⁴²².

⁴²¹ Informe Defensorial N° 109, aprobado por Resolución Defensorial N° 0050-2006/DA del 15.11.2008

⁴²² Idem, p.8

La Defensoría del Pueblo también recomienda que la ley de coordinación establezca:

- a) Las bases para la determinación de la competencia del sistema judicial nacional y de la jurisdicción comunal.
- b) Los límites mínimos en materia de derechos humanos en relación a la jurisdicción comunal.
- c) El valor de las actuaciones practicadas en la investigación comunal.
- d) La firmeza de las decisiones emitidas por las autoridades comunales,
- e) Los mecanismos obligatorios de cooperación entre autoridades de cada orden jurisdiccional⁴²³.

Ante la eventual ausencia de una ley de coordinación, la Corte Constitucional de Colombia ha aclarado que no es cierto que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional, toda vez que la Constitución tiene efectos normativos directos, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de esta no depende de dicho acto legislativo⁴²⁴.

8.3.7. Legislación comparada.

La justicia de las comunidades indígenas y las relaciones de coordinación o de interculturalidad, que ésta debe mantener con el sistema de justicia estatal, es algo que ha sido institucionalizado en varias constituciones de América Latina, destacando entre ellas la Constitución de Colombia, considerada como referente indiscutible del artículo 149° de nuestra Carta

⁴²³ Informe Defensorial N° 109. cit. pp 3 - 4

⁴²⁴ Sentencia N° C-139/96 y sentencia T-254/94.

Política⁴²⁵. A continuación hacemos un breve repaso de algunas de estas constituciones.

8.3.7.1. Constitución Política de Colombia.

Artículo 246°

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.

Estamos de acuerdo con este numeral de la Constitución colombiana, en cuanto establece que “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial”, y también cuando señala que “La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional”; pero discrepamos al constatar que esta norma constitucional se contradice al prescribir que las normas y procedimientos de la justicia de los pueblos indígenas no pueden ser contrarios a la Constitución y leyes de la República, ya que ello implica negar en la práctica la existencia del pluralismo legal, pues dentro de un verdadero contexto de plurilegalidad, si bien es cierto el derecho consuetudinario de los pueblos y comunidades indígenas no puede ser

⁴²⁵ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos: “Justicia comunal y justicia estatal en el Perú: de la confrontación a la coordinación, cit, p. 23, en www.derecho.virtual.com

contrario a la Constitución, si se puede aplicar contra la ley.⁴²⁶

En conclusión, el artículo 246° de la Constitución de Colombia contiene una redacción defectuosa que debe ser corregida en una futura enmienda constitucional. El artículo 149° de la Constitución peruana tampoco está exento de críticas. Se le reprocha haber incurrido en omisiones, que como ya hemos visto, han sido puestas en evidencia por la Defensoría del Pueblo.

8.3.7.2. Constitución Política de Bolivia.

Artículo 171°

[L]as autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.

Nos parece inadecuado el lenguaje empleado en la redacción del indicado artículo de la Constitución boliviana, pues se confunde a la justicia especial indígena con los mecanismos alternativos de solución de conflictos adoptados en el marco de la reforma judicial

⁴²⁶ Conforme anota Raquel Yrigoyen “Antes de esta reforma constitucional la ley solo permitía, la costumbre como una fuente secundaria del derecho, a falta de ella y nunca en contra de ella (*contra legem*), en cuyo caso podía constituir delito. Al reconocer funciones jurisdiccionales a los pueblos y comunidades indígenas campesinas siguiendo su propio derecho y aplicado por sus propias autoridades, se admite explícitamente la existencia de órganos distintos al Poder Judicial, Legislativo y Ejecutivo para la producción del derecho y la violencia legítima. Se admite el llamado derecho consuetudinario no sólo como fuente del derecho (estatal), sino como un derecho propio que se aplica incluso contra la ley. Este tema fue explícitamente debatido en el Congreso Constituyente, que el reconocimiento del pluralismo legal permitía la aplicación del derecho consuetudinario aún contra la ley, y por eso es que esta norma merecía estatuto constitucional y no solo legal”. Rondas Campesinas y Desafíos del Pluralismo Legal en el Perú, en <http://www.jus.unitin.it/Cardozo/revisión/2008/fajardo.pdf>.cit, pp 15-16.

puesta en marcha en varios países, con los cuales la justicia ordinaria se abstiene de intervenir en el conocimiento de determinados casos previstos en la ley. Cabe aclarar que la justicia especial responde al derecho consuetudinario, y por lo tanto no puede ser vista como un mecanismo alternativo destinado a suplir las deficiencias de la justicia estatal, la cual obedece a una lógica distinta.

Este artículo de la Constitución de Bolivia, también incurre en el error de considerar que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas se encuentra subordinado a la norma infraconstitucional existente en el país del altiplano.

8.3.7.3. Constitución Política de Ecuador.

Artículo 191°

[L]as autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatible aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

Esta Constitución adolece del mismo defecto de sus homólogas de Colombia y de Bolivia, al poner por encima del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas a la ley, deslegitimando en parte a la justicia especial. Ha primado en este caso y en los otros la visión estatocéntrica del derecho y con ello se vislumbra

la existencia de un pluralismo jurídico débil en estos países.

8.3.7.4. Constitución de la República Boliviana de Venezuela.

Artículo 260°

Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

En todas las constituciones que hemos glosado y que corresponden a países del área andina, fluye el interés que tienen los constituyentes de estos países al igual que los del Perú, en establecer mecanismos legales de coordinación entre la jurisdicción especial y la justicia ordinaria, para evitar desencuentros culturales o conflictos de competencia entre una y otra jurisdicción. A nivel jurisprudencial, la competencia que tiene el legislador estatal para establecer las directivas de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, ha sido reconocida por la Corte Constitucional de Colombia, sobre la base de sopesar los principios de diversidad étnica y cultural con los de unidad política y protección de los derechos fundamentales⁴²⁷.

⁴²⁷ Sentencia C-139/96.

8.3.7.5. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Artículo 34°

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus (-) sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 35°

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

8.3.7.6. Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.

Artículo 8°

(...)

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres o instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

8.3.8. Aspectos a considerar en la ley de coordinación.

Los aspectos a considerar en la elaboración de la ley que de conformidad con el artículo 149° de la Constitución debe establecer las formas de coordinación entre la jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial son los siguientes:

8.3.8.1. Lo relativo a la competencia entre la jurisdicción especial y la ordinaria.

Esto tiene que ver con la competencia de la jurisdicción especial, en lo territorial, en lo material y en lo personal.

8.3.8.2. La competencia por razón del territorio.

La Corte Constitucional de Colombia pionera en estos temas, considera que dos elementos son relevantes para determinar la competencia: las características del sujeto y el lugar donde ocurrieron los hechos. Esta distinción para la Corte es importante porque *“la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena de manera individual incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad”*⁴²⁸.

En estos casos, como sugiere también la Corte es necesario conjugar los elementos subjetivos y geográficos, a fin de determinar si el conflicto debe ser resuelto por las autoridades indígenas⁴²⁹.

⁴²⁸ Sentencia N° T-523/97

⁴²⁹ Sentencia N° T-523/97

De otro lado, para determinar si los hechos se han producido o no dentro del ámbito territorial de los pueblos indígenas, comunidades campesinas, nativas o rondas campesinas, Yrigoyen Fajardo sugiere tener en cuenta el Convenio 169 de la OIT, que define al territorio de estos pueblos como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera” (Art. 13.2) e incluye dentro de los derechos territoriales inclusive” las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (art. 14.1)”⁴³⁰. Este es el mismo criterio que respecto del territorio de los pueblos indígenas ha sido adoptado por la Corte Constitucional de Colombia⁴³¹.

Lo problemático en este aspecto es determinar cuál es el ámbito territorial donde operan las rondas campesinas, cuando éstas no pertenecen a ninguna comunidad campesina, en estos casos se tiene que saber a qué pueblo, estancia o caserío pertenecen estas organizaciones para poder establecer la competencia por razón del territorio, en razón de que como veremos más adelante, las rondas campesinas han sido consideradas por la Corte Suprema de Justicia del Perú como órganos de la justicia especial, y por lo tanto gozan de facultades para aplicar “el otro derecho” dentro de sus dominios.

⁴³⁰ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel “Rondas Campesinas y Desafíos del Pluralismo Legal en el Perú”, cit, p. 16, en <http://www.jus.unitin.it/Cardozo/revisión/2008/fajardo.pdf>.

⁴³¹ Sentencia N° T-384/94

8.3.8.3. Competencia material.

Prima facie, de la lectura del artículo 149° de la Constitución, la jurisdicción especial es competente para conocer todos los hechos civiles, penales, etc, que se susciten dentro de su territorio aplicando el derecho consuetudinario. En este sentido, Yrigoyen Fajardo considera que “a partir de la Carta del 93, la jurisdicción especial es la competente para ver todo tipo de casos dentro del ámbito territorial comunal, estén o no tipificados por el derecho oficial, sean leves o graves, o sean calificados como penales o civiles por el derecho oficial, ya que dicha jurisdicción especial no se rige por la ley estatal, sino por su propio derecho”⁴³². Sin embargo, en el proyecto de Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia se ha establecido que la jurisdicción ordinaria tiene competencia exclusiva para investigar y sancionar los delitos de narcotráfico, de terrorismo, contra el Estado y la defensa nacional, contra los poderes del Estado y el orden constitucional, de genocidio, de lesa humanidad, contra el derecho internacional humanitario y de agresión contra otro Estado⁴³³.

También se ha planteado la posibilidad de que los delitos de homicidio doloso y de violación sexual puedan ser conocidos por la justicia especial. Lo que a nuestro juicio si está claro es que el delito de usurpación agravada cometido contra bienes inmuebles de las comunidades campesinas o nativas, previsto en el inciso 4) del artículo 204° del Código Penal es de competencia

⁴³² YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, op. cit, p. 19.

⁴³³ Artículo 10°

exclusiva de la jurisdicción especial; y si las autoridades de la justicia ordinaria se abocarán al conocimiento de esta clase de delitos estarían vulnerando el derecho al juez natural o predeterminado por la ley, toda vez que el ejercicio de la potestad jurisdiccional comunal o indígena ha sido determinado con anterioridad a dicho proceso judicial por el artículo 149° de la Constitución y por el artículo 18° inciso 3) del Código Procesal Penal.

En lo que respecta al contenido esencial del principio del juez natural o juez predeterminado por la ley, el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado en el sentido de que el derecho constitucional invocado comporta dos exigencias. En primer lugar, 1) Que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose así la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional o por una comisión especial creada exprofeso para desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que deba ser ventilado ante un órgano jurisdiccional. En segundo lugar; 2) Que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*⁴³⁴.

⁴³⁴ STC Exp. N° 0290-2002-HC/TC; STC Exp. N° 1013-2002-HC/TC y STC Exp. N° 1076-2003-HC/TC.

8.3.8.4. Competencia personal.

En lo que concierne a la competencia de la justicia especial en orden al sujeto, se han propuesto algunas alternativas; una de ellas se inclina porque se permita a los integrantes de los pueblos indígenas o comunidades que decidan por propia voluntad si se someten o no al juzgamiento, con lo que esta clase de jurisdicción será facultativa, pudiendo los interesados recurrir a la justicia ordinaria para que resuelva su caso.

Otra alternativa considera que la jurisdicción especial es obligatoria, y que por ende los integrantes de la comunidad no pueden sustraerse de ella⁴³⁵. Este último es el criterio adoptado en el Proyecto de Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia, elaborado por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República, al establecer que la jurisdicción especial tiene competencia sobre los hechos o conflictos surgidos en su ámbito territorial que, de acuerdo a su derecho consuetudinario o propio, corresponde conocer a sus autoridades jurisdiccionales, las cuales están obligadas a respetar los derechos fundamentales de la persona⁴³⁶.

El proyecto también dispone que cuando se susciten hechos o conflictos dentro de su ámbito territorial que involucren a personas que no pertenecen a una comunidad campesina, comunidad nativa, ronda campesina o población indígena, el caso es sometido a

⁴³⁵ FRANCIA SÁNCHEZ, Luis E. “Administración de justicia de las comunidades”, en diario “El Peruano” de fecha 27.10.1996, p. 136.

⁴³⁶ Artículo 8.1

la competencia de la jurisdicción especial⁴³⁷. En caso de conflicto entre los involucrados en un hecho que compromete a personas que no pertenecen a una comunidad campesina, comunidad nativa, ronda campesina o población indígena en cuanto a la determinación de la jurisdicción que debe investigar y juzgar el caso, el proyecto establece que se debe recurrir a las reglas señaladas en el artículo 11° que señala que los conflictos de competencia entre las autoridades de la jurisdicción especial y de la jurisdicción ordinaria son resueltos mediante el diálogo de buena fe en reuniones de trato directo permanente hasta llegar a un acuerdo⁴³⁸.

8.3.9. Las decisiones de la justicia especial y la cosa juzgada.

Las decisiones adoptadas por una instancia de la justicia especial no podrán ser recurridas por el Poder Judicial, ya que tienen el equivalente de la cosa juzgada. El único ámbito donde la justicia ordinaria podría intervenir está ligado al de la defensa de los derechos fundamentales. La pregunta es ¿qué sucede si se produce un caso de cosa juzgada fraudulenta? ¿O un caso penal que amerite un recurso de revisión?.

Sobre los derechos humanos como factor limitante de la jurisdicción especial, Yrigoyen Fajardo, anota que “la definición e interpretación de los derechos humanos no puede quedar en manos de una orientación cultural ni un solo aparato institucional, sin peligro de violentar el derecho a la diversidad. Los derechos humanos deben ser definidos e interpretados con base en el diálogo intercultural”⁴³⁹.

⁴³⁷ Artículo 8.2

⁴³⁸ Artículo 8.3

⁴³⁹ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel “Rondas Campesinas y Desafíos del Pluralismo Legal en el Perú”, op. cit, p. 22.

Esta misma autora, amparándose en las disposiciones del Convenio 169 de la OIT agrega que “En caso de presunto conflicto entre la jurisdicción especial y los derechos fundamentales o humanos no existe ninguna disposición legal que obligue que todo caso debe pasar a la jurisdicción ordinaria”⁴⁴⁰.

8.3.10. Principios.

En el proyecto de Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia se incorporan como principios generales de coordinación entre la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria, los siguientes:

- a) Coexistencia de jurisdicciones de justicia.-** En el Perú coexisten la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria que interactúan en ámbitos geográficos y poblaciones diferentes.
- b) Interculturalidad como base de la interacción entre las jurisdicciones especial y ordinaria.-** La interacción entre la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria se sustenta en la creación de puentes de comunicación, comprensión y de respeto mutuo mediante un diálogo permanente en condiciones de igualdad.
- c) Cooperación entre autoridades u órganos de resolución.-** La cooperación entre órganos de resolución de la jurisdicción especial y de la jurisdicción ordinaria debe desarrollarse sin ninguna forma de discriminación, bajo criterios de reciprocidad y respeto mutuo.
- d) Complementariedad y reconocimiento de resoluciones.-** La decisión definitiva de un órgano de la jurisdicción especial o de la jurisdicción ordinaria es reconocida o ejecutada por las autoridades de la otra jurisdicción.

⁴⁴⁰ Idem p. 22

e) Respeto a los derechos fundamentales.- Las reglas y prácticas de la jurisdicción especial o de la jurisdicción ordinaria deben respetar los derechos fundamentales de las personas.

8.3.11. Coordinación de la justicia de paz con actores de la justicia comunitaria.

En lo que se refiere a la coordinación de la justicia especial con la justicia de paz, el artículo 60° de la Ley N° 29824, Ley de Justicia de Paz, establece que “En los centros poblados donde coexistan juzgados de paz con organizaciones comunales como las rondas campesinas, comunidades campesinas o comunidades nativas, deben trabajar coordinadamente para una adecuada administración de justicia de conformidad con el artículo 149° de la Constitución Política del Perú”.

En cuanto al apoyo que deben recibir los juzgados de paz, el artículo 61° de esta ley, dispone que “En los lugares donde no exista comisaría o delegación policial, las rondas campesinas coordinarán con los jueces de paz la ejecución de las sanciones comunitarias y los mandatos de comparecencia. En caso de no existir rondas campesinas, el apoyo corresponde a los gobernadores o tenientes gobernadores”.

Respecto a la coordinación para la aplicación de sanciones comunitarias, el artículo 63 de la mencionada ley, precisa que “Las autoridades de las rondas campesinas y comunidades nativas, organizaciones e instituciones que brindan atención a mujeres, niños, niñas y adolescentes, así como las municipalidades podrán coordinar con los jueces de paz para la aplicación de sanciones comunitarias”.

Finalmente, en lo que concierne a las decisiones de los jueces de paz, el artículo 64° de la Ley de Justicia de Paz señala que “Las rondas campesinas o nativas deben respetar y hacer respetar las actas de conciliación y sentencias de los juzgados de paz”.

8.3.12. Los protocolos del Poder Judicial.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa N° 333-2013-CE-PJ de 27 de diciembre del 2013⁴⁴¹, ha aprobado el “Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia” y el “Protocolo de actuación en procesos judiciales que involucren a comuneros y ronderos”⁴⁴².

8.3.12.1. Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia.

En este primer protocolo se destacan las iniciativas efectuadas en los últimos años por el Poder Judicial para reconocer la pluralidad cultural y étnica en materia de justicia y de las transformaciones que ello implica al interior de ese poder del Estado. Con ello se busca mejorar las relaciones con la jurisdicción especial y con el Sistema Nacional de Administración de Justicia, a partir del diálogo entre los conocimientos y prácticas del derecho positivo estatal y los del derecho propio⁴⁴³.

Para la elaboración de este protocolo, entre otros documentos, se ha tenido en cuenta las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad”. En esta forma se

⁴⁴¹ Publicada en el diario “El Peruano” el 29.11.2014.

⁴⁴² El Poder Judicial precisa que el protocolo es un documento que resume un conjunto de técnicas y estándares, basados en normas escritas o usos y costumbres, necesarios para la adecuada organización y desarrollo de la administración de justicia y para superar las barreras de acceso a la justicia que afectan a un sector importante de la población.

⁴⁴³ Protocolo cit, p. 9.

pretende cubrir los vacíos que contienen, tanto la Ley General de Comunidades Campesinas y la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva, así como la propia Ley Orgánica del Poder Judicial y dar respuesta al requerimiento de diálogo intercultural entre la justicia especial y la justicia ordinaria previsto en el artículo 149° de la Constitución⁴⁴⁴.

En el referido protocolo se menciona como uno de los detonantes que precipitaron la adopción de este tipo de compromisos asumidos por el Poder Judicial, relacionados con el reconocimiento de la jurisdicción especial, al tristemente célebre “Baguazo”, hecho ocurrido en Bagua – Amazonas el 05 de junio de 2009, donde producto del violento enfrentamiento entre policías y nativos de la amazonia hubo un saldo trágico de 23 policías y 10 civiles fallecidos. Todo esto se produjo, como se recordará, a consecuencia de los reclamos no atendidos de las comunidades nativas, las que pedían al gobierno de turno la derogación de varios decretos legislativos dictados al amparo de las facultades legislativas concedidas por el Congreso al Ejecutivo en el marco de la implementación del TLC con Estados Unidos⁴⁴⁵.

El protocolo de coordinación entre sistemas de justicia menciona como principios que sustentan la interacción entre los sistemas de justicia especial y

⁴⁴⁴ Protocolo cit, p. 10.

⁴⁴⁵ Protocolo cit, p. 13. En el protocolo se dice que luego de las iniciativas jurisprudenciales que dieron lugar a la aprobación de dos Acuerdos Plenarios en los años 2008 y 2009 y en el contexto del mencionado “Baguazo” (2009), los órganos centrales del Poder Judicial, la Corte Suprema y el Consejo Ejecutivo darían un impulso especial a la “justicia intercultural” y, en concreto, a la coordinación interforal.

ordinaria, a la equidad, transparencia, solidaridad, participación y control social, celeridad, oportunidad, gratuidad y flexibilidad. También contempla otros principios, como el de protección de la jurisdicción especial, el principio *pro homine*, el principio de coordinación y cooperación, el de garantía en el acceso a la justicia y la tutela efectiva de derechos, el principio de reconocimiento de resoluciones, el de interculturalidad y el de reciprocidad⁴⁴⁶.

El protocolo también se ocupa de lo relacionado con la competencia territorial, la competencia personal y la competencia material, lo cual está en consonancia con la propuesta contenida en el predictamen recaído en los proyectos de ley 313/2011-PJ y 2751/2013-CR, con un texto sustitutorio en el que se propone una Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia, de la que ya nos hemos ocupado anteriormente. Lo mismo sucede con lo relativo al reconocimiento mutuo de actuaciones y de decisiones, con los actos de cooperación, etc.⁴⁴⁷.

8.3.12.2. Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que Involucren a Comuneros y Ronderos.

En el segundo protocolo, el de actuación en procesos judiciales que involucren a comuneros y ronderos, el Poder Judicial del Perú declara que este protocolo se ofrece como una herramienta ilustrativa y persuasiva para que los magistrados que tienen a su cargo la impartición de justicia puedan contribuir a garantizar los derechos fundamentales de las comunidades y rondas, y de sus miembros; declara

⁴⁴⁶ Protocolo cit, pp. 44-46.

⁴⁴⁷ Protocolo cit, pp. 53-54.

también que en el caso de la definición del sujeto del protocolo, el desafío consistió en compatibilizar la noción de pueblos indígenas del derecho internacional con la de comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas, frente a ello, la posición institucional del Poder Judicial ha sido la de reconocer a estos tres tipos de organización como la expresión concreta, jurídica e histórica de los pueblos indígenas en el país, lo cual estimamos acertado, pues, esa es la posición que nosotros hemos asumido a lo largo de este trabajo.

Este protocolo contiene reglas de procedimiento que deben ser aplicadas a los miembros de las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas cuando éstos sean sometidos a la jurisdicción ordinaria, a fin de garantizar sus derechos individuales y colectivos. Esto tiene que ver con la valoración cultural del proceso, en virtud del cual, los magistrados del Poder Judicial deben respetar los valores culturales y creencias de los integrantes de las comunidades, brindándoles durante el proceso un trato respetuoso y no discriminatorio, así como asistencia legal y defensa especializada gratuita, permitiendo que se expresen en su propio idioma a través de un intérprete y brindarles información suficiente, acerca de su condición jurídica, su participación en el proceso judicial, los derechos que les asisten, información que debe brindarse al inicio del proceso.

Este protocolo establece la necesidad de flexibilizar los procedimientos aplicando preferentemente el

principio de oralidad y el uso del peritaje antropológico, etc.

8.4. El error culturalmente condicionado.

Como se sabe, una de las novedades que nos trajo el Código Penal vigente es la incorporación de la figura del error de comprensión culturalmente condicionado. En la exposición de motivos de este código punitivo se dice que “En reconocimiento a la heterogeneidad cultural de los habitantes de nuestros país, pero sin recurrir a una terminología despectiva con la que infelizmente utilizó el “Código Maúrtua” (“salvajes”, “indígenas semicivilizados o de degradados por la servidumbre y el alcoholismo”), el proyecto de la Comisión Revisora ha dado acogida a una forma especial de error conocida en la doctrina como “error de comprensión culturalmente condicionado””.

Como también se señala en la referida exposición de motivos, incurre en error de comprensión culturalmente condicionado “quien por su cultura o costumbres (no así por anomalía psíquica u otras causas de inimputabilidad previstas en el artículo 20º, inc. 1, de este Proyecto), comete un hecho punible sin ser capaz de poder comprender, por tales motivos, el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión estará exento de pena. La sanción se atenuará si, por iguales razones, la capacidad que se indica se encontrare únicamente disminuida (artículo 15º)”.

El Código Penal regula el error de prohibición en su artículo 14º, al establecer que “El error sobre un elemento del tipo penal o respecto de una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley”.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad, si el error fuere vencible se atenuará la pena⁴⁴⁸. Luego, en el artículo 15° del citado cuerpo de leyes se contempla la existencia del denominado “error culturalmente condicionado, señalando: “El que por su cultura o costumbre comete un hecho punible, sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”.

Para Villavicencio “Generalmente, el error de comprensión culturalmente condicionado es un error invencible de prohibición que exime de responsabilidad (art. 15 CP). Sin embargo, el condicionamiento cultural no siempre da lugar a un error de prohibición, sino que puede originar distintas clases de errores (errores sobre la causalidad, errores de tipo, justificación putativa). Ejm, ciertas comunidades de la amazonia peruana actúan en defensa en el convencimiento de que los hombres extraños les agredirán (justificación putativa – art. 15° CP)”⁴⁴⁹.

Desde la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, los procesos judiciales seguidos contra los integrantes de las comunidades campesinas, en especial de comunidades nativas, han conllevado a la expedición de sentencias que aplicando el error culturalmente condicionado (art. 15 CP), eximían o atenuaban la responsabilidad penal a los comuneros y autoridades de la justicia especial. Posteriormente, tal como se menciona en el Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia elaborados por el Poder Judicial, en los procesos seguidos contra ronderos por delitos de secuestro, lesiones, extorsión, homicidio y

⁴⁴⁸ STRATENWERTH, al ocuparse del error de prohibición señala “Aun cuando el autor, por su constitución psíquica, disponga de la capacidad de comprender lo ilícito del hecho, la falta de comprensión puede ser consecuencia de otras razones que pueden estar tanto en su biografía (como el hecho de provenir de un país extraño con otro orden constituido) cuando las circunstancias externas (como una falsa información sobre el derecho). Por lo tanto, no es posible un reproche de culpabilidad referido a quien, en el momento del hecho, no supo ni pudo saber que su conducta contradecía normas jurídicas” STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal. Parte General, Edersa, Madrid, 1982, pp. 177 - 178.

⁴⁴⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Código Penal, cultural Cuzco S.A. editores, 1992, pp. 98-99

usurpación de autoridad, las Cortes Superiores y la Corte Suprema de Justicia, también aplicaron a estos casos el artículo 15° del Código Penal y después el artículo 149° de la Constitución⁴⁵⁰.

Dentro de este contexto en que existían pronunciamiento, dispares emitidos por el Poder Judicial, respecto al procesamiento de integrantes de comunidades campesinas, de comunidades nativas e integrantes de las rondas campesinas, primero se llevó a cabo en Iquitos el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Regional Penal y después el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia del 13 de noviembre del 2009.

El primer acuerdo contenía orientaciones y conclusiones respecto a la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado en delitos sexuales cometidos por integrantes de las comunidades campesinas y nativas, no mencionándose a las rondas campesinas, de las que primero se dijo que no tenían facultades jurisdiccionales, para luego concluir que las rondas campesinas pertenecientes a comunidades que aprehenden a un delincuente en flagrancia o actúan por mandato de la comunidad no cometen delito. En este acuerdo también se concluyó diciendo que las rondas campesinas si tienen funciones jurisdiccionales en los casos en que no existan las comunidades campesinas o nativas constituidas, sino que las rondas campesinas son la organización campesina⁴⁵¹. El Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema, luego de interpretar el artículo 149° de la Constitución determinó que las rondas campesinas autónomas tienen facultades jurisdiccionales y como veremos más adelante se ocupó del tema del error de comprensión culturalmente condicionado.

⁴⁵⁰ Protocolo cit, p. 18

⁴⁵¹ Idem, p. 18

8.5. Las rondas campesinas.

8.5.1. Antecedentes.

Al momento de escribir estas líneas, la Comisión de Justicia del Congreso de la República decidió suprimir el artículo 16.1 del capítulo dedicado a la “Diversidad Cultural y Justicia Especial” que formaba parte del proyecto de nuevo Código Penal peruano, que excluía la facultad que tienen las rondas campesinas para impartir justicia en sus respectivas jurisdicciones, facultad que vienen ejerciendo al amparo del Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116 sobre “rondas campesinas y derecho penal”, emitido por las Salas Penales de la Corte Suprema en el V Pleno Jurisdiccional, realizado el 13 de noviembre de 2009.

El texto del referido numeral del Proyecto del nuevo Código Penal era el siguiente:

“Los miembros de las comunidades indígenas no pueden ser juzgados ni sancionados por la justicia penal ni la administrativa, cuando previamente hayan sido juzgados o sancionados por las autoridades de la jurisdicción especial, sin perjuicio del control constitucional”.

La posición de los integrantes de la Comisión de Justicia del Congreso se basaba en una interpretación literal de la Constitución y del Convenio 169 de la OIT, en cuyos textos no se faculta expresamente a las rondas campesinas para que estas puedan impartir justicia. Esto indudablemente generó la protesta de las organizaciones ronderiles y de instituciones como el Instituto de Defensa Legal (IDL), toda vez que las rondas gozan de reconocimiento legal desde aproximadamente cuatro décadas.

Como se sabe, en diciembre de 1976, en Cuyumalca – provincia de Chota (Cajamarca) se creó la primera ronda

campesina⁴⁵²; las rondas surgieron para combatir el abigeato y otras formas de delincuencia que frecuentemente se cometían en el medio rural, era una forma de dar respuesta a la indiferencia de las autoridades, cuyo accionar en temas de prevención y represión de delitos y faltas se limita mayormente al ámbito urbano, aunque no con la eficacia y la oportunidad requeridas. Poner fuera de la ley o criminalizar a las rondas campesinas era marchar contra la corriente, era inclusive desconocer su condición de órganos de apoyo de la justicia especial que les asigna el artículo 149° de la Constitución.

En realidad, el problema se origina a raíz de que el indicado artículo de la Constitución solo les reconoce a las rondas campesinas la condición de órganos de apoyo de la justicia especial que imparten las comunidades campesinas y nativas, con lo cual las rondas tendrían un carácter parapolicial casi similar a los serenazgos de los municipios⁴⁵³. Esta situación se evidencia en los debates que precedieron a la elaboración de la vigente Constitución Política de 1993.

En el Congreso Constituyente Democrático se debatió el tema de la función jurisdiccional de las rondas campesinas y muchos constituyentes se mostraron contrarios a reconocerles tales funciones a esas organizaciones del campesinado. Así, por ejemplo, la señora Martha Chávez Cossío de Cambio 90 – Nueva Mayoría argumentó “... creo presidente, que las rondas campesinas son, más bien, un mecanismo que tienen las comunidades; son como la policía pero no son soberanas ni representan una – diríamos – nación en pequeño. Considero que

⁴⁵² Le Ley N° 27908, Ley de Rondas Campesinas en su Primera Disposición Final y Transitoria, fija el 29 de diciembre como el “Día de las Rondas Campesinas” y declara al caserío de Cuyumalca del distrito y provincia de Chota, departamento de Cajamarca como cuna y patrimonio histórico de las Rondas Campesinas del Perú”.

⁴⁵³ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. “Justicia Comunal y justicia estatal en el Perú: de la confrontación a la coordinación”, www.derechovirtual.com, p.36

las rondas campesinas no deben tener funciones jurisdiccionales”⁴⁵⁴.

Por su parte la señorita Lourdes Flores Nano del partido Popular Cristiano dijo: “pero es que uno de los hechos que viene ocurriendo es que si administran justicia. Por ejemplo, frente al problema del abigeato, tienen mecanismos propios de administración de justicia. Con sus abusos, con sus límites, con sus problemas, pero ha venido funcionado”⁴⁵⁵.

Hace ya algunos años atrás, la Defensoría del Pueblo puso en el tapete la existencia de problemas de precisión constitucional y de desarrollo legislativo sobre las competencias y alcances de la justicia comunal, en especial del rol que cumplen las rondas campesinas en este ámbito⁴⁵⁶. En un afán por solucionar estas deficiencias de orden constitucional y legal, el Poder Judicial del Perú, por intermedio de las Salas Penales de la Corte Suprema aprobó el acuerdo plenario al que ya hemos hecho mención y del cual nos vamos a ocupar más adelante.

8.5.2. Régimen legal de las rondas campesinas.

Definición.- El 7 de enero del 2003 se publicó en el diario oficial El Peruano, la Ley N° 27906, Ley de Rondas Campesinas. Luego, por Decreto Supremo N° 025-2003-JUS, se aprobó el reglamento de la mencionada ley. El reglamento, en su artículo 2°, define a las rondas campesinas como organizaciones sociales integradas por pobladores rurales, así como las integradas por miembros de las comunidades campesinas dentro del ámbito rural. Son rondas

⁴⁵⁴ Congreso Constituyente Democrático, Debate Constitucional, 1993, Comisión de Constitución y de Reglamento, Tomo V, del 31.05.93 al 20.09.93, p. 3057

⁴⁵⁵ Idem, p. 3057.

⁴⁵⁶ Informe Defensorial N° 109 sobre propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la justicia en el Perú, aprobado por Resolución Defensorial N° 0050-2006/DP, publicado en el diario “El Peruano” el 27.11.2006.

comunales, las organizaciones sociales integradas por miembros de las comunidades nativas.

8.5.3. Personalidad jurídica.

La ley en el artículo 1° reconoce la personalidad jurídica a las Rondas Campesinas, como forma autónoma y democrática de organización comunal. Según el artículo 6° del reglamento, en las comunidades campesinas o comunidades nativas, la Ronda Campesina o Ronda Comunal se constituye por decisión del máximo órgano de gobierno de la Comunidad Campesina o Comunidad Nativa, adoptado de acuerdo a su Estatuto.

En los caseríos u otros centros poblados, la Ronda Campesina se constituye por decisión de los pobladores reunidos en asamblea general. El Juez de Paz correspondiente da fe de esta asamblea.

El artículo 9° del reglamento establece que las Rondas Campesinas y Rondas Comunales se inscriben en el Libro de Rondas Campesinas a cargo de la SUNARP, esta entidad dictará las medidas complementarias para su implementación y funcionamiento. De acuerdo con el artículo 10° del citado reglamento, para su inscripción en el Libro de Rondas Campesinas, la Ronda Campesina o Comunal, presenta a la Oficina Registral correspondiente una solicitud acompañando para tal efecto:

1. Copia certificada del Acta donde consta.
 - La constitución de la Ronda Campesina o Ronda Comunal.
 - La aprobación del Estatuto de la Ronda Campesina o Ronda Comunal así como su texto íntegro.
 - Designación de la primera junta directiva.

2. Copia certificada del Padrón de Ronderos y Ronderas.
3. Plano Perimétrico de su radio de acción⁴⁵⁷.

8.5.4. Clases de rondas.

Del reglamento de la Ley de Rondas Campesinas, se infiere que existen tres clases de rondas: las rondas campesinas que no forman parte de una comunidad campesina; las que forman parte de una comunidad campesina y las rondas comunales que son integradas por miembros de las comunidades nativas.

Las rondas campesinas que se constituyen en aquellos lugares donde no existen comunidades campesinas, por ejemplo, en algunos caseríos o centros poblados menores del ámbito rural; esta clase de rondas gozan de autonomía, pues se rigen por sus propios estatutos. En cambio, las rondas campesinas que existen al interior de las comunidades campesinas, se constituyen a iniciativa de la propia comunidad y se sujetan al estatuto y a lo que acuerdan los órganos de gobierno de la comunidad a los que esta clase de rondas están subordinadas⁴⁵⁸.

Finalmente, el reglamento de la Ley de Rondas Campesinas, alude a la existencia de las rondas comunales, que se constituyen en base a los integrantes de las comunidades nativas. Hasta donde tenemos conocimiento, en las comunidades amazónicas no existen este tipo de rondas.

⁴⁵⁷ Con fecha 20 de Febrero del 2004, por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 072-2004-SUNARP/SN, se aprobó la Directiva N° 003-2004-SUNARP/SN, que establece criterios para la inscripción de las Rondas Campesinas y Rondas Comunales. Esta directiva en su artículo 3.5 indica que cuando se inscriban las Rondas Campesinas Subordinadas o las Rondas Comunales, el Registrador, luego de consignar la denominación de la Ronda, añadirá la denominación de la Comunidad a la que está subordinada, el distrito, la provincia y el departamento en que ésta se ubica, información que deberá constar en el Estatuto que se presente. En el caso de las Rondas Campesinas Independientes, el Registrador, luego de consignar la denominación de la Ronda, añadirá el nombre del caserío u otro centro poblado, el distrito, la provincia y el departamento en el que desarrolla sus actividades, información que debe constar en el Estatuto que se presente.

⁴⁵⁸ Así lo ha establecido la Directiva N° 003-2004-SUNARP/IN que fija criterios para la inscripción de las Rondas Campesinas y Rondas Comunales, aprobada por Resolución del Superintendente de los Registros Públicos N° 072-2004-SUNARP/SN de fecha 20 de febrero de 2004

8.5.5. Fines de la ronda campesina o ronda comunal.

El artículo 3° del reglamento de la Ley de Rondas Campesinas, declara que la Ronda Campesina o Ronda Comunal, tiene por finalidad contribuir al desarrollo, la seguridad, la moral, la justicia y la paz social dentro de su ámbito territorial, sin discriminación de ninguna índole, conforme a la Constitución y a las leyes. Colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación.

Las Rondas constituidas al interior de las Comunidades Campesinas o Nativas, colaboran con estas en el desarrollo de sus funciones jurisdiccionales.

8.5.6. Funciones de la ronda campesina y ronda comunal.

El reglamento de la Ley, en su artículo 12° establece como funciones de la Ronda Campesina y de la Ronda Comunal, las siguientes:

- a) Contribuir a la defensa de la integridad física, moral y cultural de los miembros de la Comunidad Campesina, de la Comunidad Nativa, del caserío u otro centro poblado, para mantener la paz y seguridad de la población, así como contribuir con el progreso de su pueblo.
- b) Contribuir a garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de los miembros de la Comunidad Campesina, de la Comunidad Nativa, del caserío u otro centro poblado al que pertenecen, de conformidad con la Constitución y las leyes,
- c) Coordinar con las autoridades comunales en el ejercicio de las funciones que ejercen en uso de sus costumbres, respetando los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio OIT 169, la Constitución y las leyes.

- d) Intervenir en la solución pacífica de los conflictos que se susciten entre los miembros de la comunidad y otros externos, siempre y cuando la controversia se origine en hechos ocurridos dentro de su ámbito comunal.
- e) Actuar como interlocutor con el Estado.
- f) Participar, controlar y fiscalizar los programas y proyectos de desarrollo que se implementan dentro del territorio, así como denunciar la inconducta funcional de cualquier autoridad, de acuerdo a ley.
- g) Contribuir a la preservación de su medio ambiente.
- h) Coordinar en el marco de la legislación nacional, con las autoridades políticas, policiales, municipales, regionales, representantes de la Defensoría del Pueblo y otras de la Administración Pública.
- i) Establecer relaciones de coordinación con las organizaciones sociales rurales y entidades privadas.
- j) Promover el ejercicio de los derechos y la participación equitativa de la mujer en todo nivel; tener consideración especial a los derechos del niño y del adolescente, de las personas discapacitadas y de los adultos mayores.
- k) Prestar servicio de ronda. La organización de grupos, la elección de los responsables, así como la asignación de responsabilidad y frecuencia de atención del servicio de ronda se regula por el Estatuto de cada Ronda Campesina o Comunal.

8.5.7. Impartición de justicia por las rondas campesina.

La legislación sobre rondas campesinas y rondas comunales no les otorga funciones jurisdiccionales expresas a estas organizaciones, sino para resolver conflictos en vía de conciliación relacionados con la posesión, el usufructo de la propiedad comunal, bienes y el uso de los diversos recursos comunales.

El artículo 13° del reglamento de la Ley de Rondas Campesinas, establece que la Ronda Campesina y Ronda Comunal, a base de las costumbres de la comunidad campesina, comunidad nativa, caseríos u otro centro poblado al que pertenecen, pueden intervenir en la solución de conflictos que se susciten entre miembros de la comunidad u otros externos, dentro del ámbito territorial mediante actuaciones que serán registradas en el libro de ocurrencias que lleva para tal efecto, el mismo que será legalizado por el juez de paz de la jurisdicción correspondiente. Los acuerdos adoptados deben respetar los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio OIT 169, la Constitución y las leyes.

En concordancia con el artículo 149° de la Constitución, el artículo 1° de la Ley de Rondas Campesinas N° 27908, declara que las rondas campesinas apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las comunidades campesinas y nativas, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la Ley. La norma es clara en el sentido de que las rondas campesinas solo son órganos de apoyo de la jurisdicción especial a cargo de las comunidades campesinas.

La pregunta es ¿pueden ejercer funciones jurisdiccionales las rondas campesinas?. Yo creo que las rondas campesinas autónomas, es decir aquellas que no pertenecen a una comunidad campesina, podrían ser consideradas órganos de la justicia especial, y que a las rondas que pertenecen a una comunidad campesina, solo se les debe considerar como órganos de apoyo de estas comunidades, en tanto estas últimas si están

autorizadas por el artículo 149° de la Constitución para impartir justicia especial en sus respectivos territorios⁴⁵⁹.

La ronda campesina actúa como una agencia de control social⁴⁶⁰. Es una forma de justicia alternativa, pero con reminiscencias de venganza privada. La cadena ronderil y el castigo con azotes empleado por los ronderos⁴⁶¹ son formas primitivas de escarmiento que no se pueden confundir con actos de justicia. La actividad jurisdiccional implica la existencia de un proceso previo con las debidas garantías para los justiciables. Esto ha conllevado a que se desarrollen mecanismos legales de regulación para evitar excesos. En varias oportunidades se ha denunciado abusos, tales como privaciones de libertad y torturas por parte de los integrantes de las rondas campesinas.

⁴⁵⁹ El artículo 5° del Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas establece que las comunidades campesinas y las comunidades nativas, están facultadas a constituir dentro del ámbito de su territorio una sola Ronda Campesina o Ronda Comunal, según corresponda, la que se forma y sostiene a iniciativa exclusiva de la propia comunidad y se sujeta a su Estatuto, y a lo que acuerden los órganos de gobierno de la Comunidad, a la que la Ronda Campesina o Ronda Comunal está subordinada.

Fuera del ámbito territorial de las Comunidades Campesinas o Nativas, el ámbito territorial mínimo para la conformación de una Ronda Campesina será el que corresponda al de un caserío. Entiéndase por caserío lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 010-2003-PCM.

⁴⁶⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Introducción a la Criminología, Editora Grijley, 1997, p.139

⁴⁶¹ La Corte Constitucional de Colombia, al ocuparse de la legalidad de las penas, en el caso de fueite señala que “La sanción del fueite (...) muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena Páez. En el primero se castiga porque se cometió un delito, en el segundo se castiga para restablecer el orden de la naturaleza y para disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro.

El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado.

Frente a esta disparidad de visiones ¿es dable privilegiar la visión mayoritaria?. La Corte ya ha respondido este interrogante: No, porque en una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse; y en el caso específico de la cosmovisión de los grupos aborígenes, de acuerdo con los preceptos constitucionales, se exige el máximo respeto. Las únicas restricciones serían, como ya lo expuso la Sala, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura...”.

El fueite consiste en la flagelación con “perrero de arrear ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía.

En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al autor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionará esta sanción”. Sentencia N° T-523/97.

Para demostrar que la justicia consuetudinaria de las rondas campesinas es una práctica jurídica racional aplicable a los casos concretos, tiene que ser justificada a través de decisiones escritas u orales, grabadas estas últimas, lo que no ocurre actualmente en la mayoría de casos con las decisiones de las rondas, que solo responden o se acomodan a su particular sentido de justicia. Lo curioso es que este tipo de prácticas que son contrarias a los derechos fundamentales de las personas, más allá de eventuales cuestionamientos cuentan con un manto de legitimidad y son objeto de reconocimiento por parte de algunos autores⁴⁶² y de instituciones⁴⁶³.

En el marco de la lucha contra el terrorismo, mediante Decreto Legislativo N° 741, se reconoció a los Comités de Autodefensa, como organizaciones de la población surgidas para desarrollar actividades de autodefensa de su comunidad, evitar la infiltración terrorista y apoyar a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú en las tareas de pacificación, cuya característica era la de ser transitorios, para cuyo efecto se les autorizó a estos comités la tenencia y uso de armas y municiones de uso civil.

Estos Comités de Autodefensa surgieron en la década de los años noventa del siglo pasado en las zonas declaradas en estado

⁴⁶² Cfr. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, “Rondas Campesinas y Desafíos del Pluralismo Legal en el Perú”, op. cit. p. 9.

⁴⁶³ Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia considera que “... el derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deben ser llevados a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social. La Corte encuentra plenamente justificada la respuesta de la comunidad, que bien puede oponerse a la práctica de instituciones y figuras extrañas, como un mecanismo para preservar su cultura. La actitud de los jueces de tutela, al pretender imponer el uso de un abogado en este proceso es, por lo tanto contraria al principio de diversidad étnica y cultural, pues en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza”. Sentencia N° T-523/97.

de excepción por la presencia del terrorismo, estando los mismos bajo la supervisión del respectivo Comando Político – Militar. Dentro del proceso de militarización del campo motivado por el fenómeno subversivo, se pretendió asimilar o convertir a las rondas campesinas en comités de autodefensa, lo cual no prosperó debido a la resistencia que opusieron las organizaciones ronderiles, las que supieron conservar su autonomía pese a las imposiciones de los comandos políticos – militares.

Los cuestionamientos a la forma en que los actores de la justicia rondera aplican sanciones, no ha cesado. Existe toda una casuística reciente que pone reparos de orden constitucional y legal a este tipo de castigos que se imponen luego de un somero “juicio popular”. No nos referimos solamente a la “cadena ronderil”⁴⁶⁴, sino a hechos más graves registrados últimamente por algunos medios de comunicación social.

Así, por ejemplo, dos integrantes de las rondas campesinas del caserío de Coyona en Canchaque-Huancabamba, denunciaron haber sido torturados por sus ex compañeros y por ronderos del caserío de Succhil, en la misma provincia, acusados de ser los culpables de la muerte de un joven, quien apareció colgado de un árbol⁴⁶⁵. De otro lado, el abogado de los policías atacados (uno de ellos falleció), denunció que uno de los sobrevivientes identificó a cuatro ronderos como responsables del ataque y además le contó que fueron azotados en audiencia pública en Huarmaca – Piura⁴⁶⁶. En otra oportunidad, cinco presuntos abigeos fueron detenidos por ronderos de Huarmaca. Como castigo fueron paseados desnudos por las principales

⁴⁶⁴ La cadena ronderil es un castigo que se aplica a un infractor, por lo regular un abigeo, quien a la fuerza es desplazado por las diferentes bases ronderiles (caseríos), lo cual implica una restricción de la libertad ambulatoria del condenado, es decir una forma de coacción, sea empleando vis compulsiva (amenaza) o vis absoluta (violencia).

⁴⁶⁵ Diario “La República”, 11.1.2015,p.29

⁴⁶⁶ Diario “La República”, 4.1.2015, p. 10

calles de esa localidad y posteriormente entregados a la justicia⁴⁶⁷.

Empero, los integrantes de las rondas campesinas rechazan las imputaciones que se hacen contra ellos y sus métodos violentos y defienden su derecho a impartir lo que para ellos no son castigos sino “correctivos”, aplicados a quienes infringen las normas del derecho consuetudinario comunal⁴⁶⁸. El fundador de las rondas campesinas en Chota – Cajamarca, Regulo Oblitas Herrera, considera “que la labor de los campesinos que administran una justicia especial dentro de sus jurisdicciones le significa al Estado un gran ahorro porque se administra justicia sin cobrar un sol”⁴⁶⁹.

Si a las rondas campesinas autónomas se les reconoce la condición de órganos jurisdiccionales con facultades para administrar justicia en sus ámbitos de influencia, ello implica también que se les reconozca facultades para investigar las conductas que ellos, de acuerdo con sus *modus vivendi* consideran reprochables. Sin embargo, esta tarea resulta complicada porque no poseen normas procesales preestablecidas para cumplir con su cometido de hacer justicia sin vulnerar los derechos fundamentales de las personas. Las rondas campesinas no pueden sancionar sin investigar previamente los hechos denunciados, de lo contrario tales sanciones serían actos arbitrarios y quedarían sujetos al control constitucional a cargo de la justicia ordinaria y del Tribunal Constitucional.

⁴⁶⁷ Diario “La República”, 9.12.2012, p.22

⁴⁶⁸ Diario “La República”, 15.1.2011, p. 20

⁴⁶⁹ Diario “La República”, 31.12.2013, p. 30

8.6. El Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 adoptado en el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República.

El Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 emitido por las Salas Penales de la Corte Suprema en el V Pleno Jurisdiccional realizado el 13 de noviembre de 2009, sobre “Rondas Campesinas y Derecho Penal”, decidió tomar como referencia las distintas Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la relevancia jurídico penal de los diferentes delitos imputados a los que integran rondas campesinas o comunales, en especial los delitos de secuestro, lesiones, extorsión, homicidio y usurpación de autoridad, en relación con los artículos 2°, 19°, 89° y 149° de la Constitución y el Convenio número 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, del 27 de junio de 1989, así como en particular los artículos 14°, 15°, 20.8, 21°, 45.2 y 46° y II del TP del Código Penal.

El referido acuerdo plenario se adoptó con la finalidad de unificar criterios respecto al accionar de las rondas campesinas, puesto que sobre este aspecto las Salas Penales de la Corte Suprema se han pronunciado utilizando diversos enfoques doctrinarios y razonamientos distintos, y contradictorios, afectando la seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación del derecho. Es así como se decidió redactar el acuerdo para establecer una doctrina legal con el carácter de precedente vinculante, atendiendo a la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como máxima instancia del Poder Judicial⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ HURTADO POZO cuestiona “que en el mencionado acuerdo se hable de una “doctrina legal” para designar la argumentación desarrollada. Lo que da lugar a graves malentendidos en la medida que se puede comprender, por un lado, que toda otra doctrina no es legal y, por tanto única y obligatoria. Ninguna de las dos suposiciones es correcta si se recuerda que la interpretación (no otra cosa es la doctrina) es un proceso lógico y axiológico por el que se le atribuye al texto uno de sus posibles sentidos. Así, tampoco es correcto exigir que las directivas establecidas sean seguidas literalmente, pues ellas mismas deben ser interpretadas y, por tanto no siempre serán comprendidas en un mismo y único sentido”. HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor, Manual de Derecho Penal. Parte General, Tomo I, 4ta edición, IDEMSA, Lima – Perú, 2011, p. 93.

Los integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema que redactaron y suscribieron el acuerdo luego de realizar una lectura integrada del artículo 149° de la Constitución, en armonía con los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica y corrección funcional concluyeron que las rondas campesinas y comunales pueden ejercer funciones jurisdiccionales, pero condicionando en primer lugar a que concurran para tal efecto los siguientes elementos:

- A. Elemento humano.-** Existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural. Como ha quedado expuesto en los párrafos anteriores, las rondas campesinas tienen esa atribución socio cultural.
- B. Elemento orgánico.-** Existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades. Las rondas campesinas, precisamente es esa organización comunal que, entre otras múltiples funciones, asumen funciones jurisdiccionales para la solución de los conflictos. Ellas cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social.
- C. Elemento normativo.-** Existencia de un sistema jurídico, de un derecho consuetudinario que comprende normas tradicionalmente tanto materiales cuanto procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las rondas campesinas. Esas normas, en todo caso y como perspectiva central de su aceptabilidad jurídica, han de tener como fundamento y límite la protección de la cultura comunitaria, asegurar su mantenimiento y prevenir las amenazas a su supervivencia.
- D. Elemento geográfico.-** Las funciones jurisdiccionales, que determinan la aplicación de la norma tradicional, se ejercen dentro del ámbito territorial de la respectiva ronda campesina. El lugar de comisión del hecho, determinante de la aplicación de la norma tradicional, es esencial para el reconocimiento constitucional de la

respectiva función jurisdiccional de la ronda campesina; las conductas juzgadas han de ocurrir en el territorio de esta.

El fuero comunal rondero se afirmará, si además de los elementos señalados, concurre el denominado factor de congruencia; esto es que, el derecho consuetudinario que debe aplicar las rondas campesinas no puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona que son el límite material para el ejercicio de la función jurisdiccional especial comunal – ronderil. A ello se suma el elemento objetivo, en virtud del cual se exige que el agente ha de ser un rondero, y el elemento territorial; la conducta juzgada ha de haber ocurrido en el ámbito geográfico de actuación de la respectiva ronda campesina.

El acuerdo plenario considera como conductas que atentan contra el contenido esencial de los derechos fundamentales y, por tanto, antijurídicas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario, (i) las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil; (ii) las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos; (iii) la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno y otro sentido; (iv) los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa, lo que equivale, prácticamente a un linchamiento; (v) la aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario; (vii) las penas de violencia física extrema – tales como lesiones graves, mutilaciones – entre otras.

8.7. El rondero ante el derecho penal.

El acuerdo plenario descarta de plano que a un rondero se le atribuya la comisión del delito de usurpación de funciones (artículo 361° del CP), en la medida de que el rondero actúa en ejercicio de la función jurisdiccional comunal constitucionalmente reconocida y garantizada. También rechaza liminarmente la imputación por delito de secuestro

(artículo 152° CP) puesto que el rondero procede a privar la libertad como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional.

Precisa también que la composición y práctica que realizan las rondas campesinas tiene un reconocimiento legal, que las aleja de cualquier tipología de estructura criminal (banda o criminalidad organizada) asimilable a aquellas que considera el Código Penal como circunstancias agravantes o de integración criminal (artículos 186°, párrafo 2, inciso 1) y 317° CP).

Asimismo, se indica en el acuerdo que en el caso de los ronderos, las causas de exención de pena por diversidad cultural previstas en los artículos 14° y 15° del Código Penal son de muy difícil concurrencia – aunque no imposible los casos de error de tipo y, en muchos casos, las prescripciones del artículo 15° del Código Penal – que entraña un problema no de conocimiento sino de comprensión, de incapacidad de comportarse de acuerdo con cánones culturales que al sujeto le resultan extraños – porque los ronderos- como regla ordinaria, son individuos integrados al Estado total o parcialmente en cuya virtud al tener contacto con la sociedad “oficial” como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas del Estado⁴⁷¹.

Si no se da la exención de pena por diversidad cultural, esta última puede tener influencia para atenuarla en diversos planos según la situación concreta en que se produzca. Será de aplicación, según el caso; el artículo 21° CP, o por la vencibilidad del error de prohibición el artículo 14° *in fine* última frase del CP, o por los defectos de la comprensión – o

⁴⁷¹ PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. “Rondas Campesinas y Derecho Penal”, en Jurídica N° 299, suplemento de análisis legal del diario El Peruano, 20.4 2010, p.7

de determinarse según esa comprensión – la última frase del artículo 15° CP⁴⁷².

⁴⁷² El Acuerdo Plenario N ° 1-2009/CJ-116, establece como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos, 7° al 17°.

CAPÍTULO IX

ANÁLISIS, DISCUSIÓN DE RESULTADOS Y PROPUESTA LEGISLATIVA

9.1. Análisis estadístico.

En el presente caso, la variable dependiente y sus indicadores son estrictamente cualitativos. Como ya lo hemos expresado anteriormente, el desarrollo del tema problema investigado se desenvuelve en un plano estrictamente teórico – normativo, por ello, aquí no realizamos ningún análisis estadístico de datos.

9.2. Discusión de los resultados.

9.2.1. Objetivo general.

“Determinar si es verdad que al incorporarse a las comunidades campesinas dentro del Capítulo VI del Título III de la Constitución se ha desconocido la autonomía que tiene el derecho de esas comunidades, al ser consideradas como instituciones de derecho agrario y ver si ello amerita un tratamiento legislativo distinto (enmienda constitucional)”.

Para determinar este objetivo general, a lo largo de este trabajo de investigación, hemos realizado un análisis riguroso de todo lo relacionado con lo que según nuestro estudio es el derecho de las comunidades campesinas y hemos arribado a la conclusión de que se trata de una disciplina jurídica que reúne los presupuestos objetivos de independencia y autonomía, porque no solamente está compuesto por normas jurídicas, sino también por principios. Posee un marco teórico y rasgos característicos que lo distinguen de otras disciplinas jurídicas. La delimitación del marco teórico y conceptual, es lo que nos ha permitido separar a esta nueva disciplina jurídica de otras como el derecho agrario, con el que originalmente se le vinculaba en una relación de género a especie.

Al derecho de las comunidades campesinas o indígenas tradicionalmente se le ha considerado como una parte del derecho agrario. La Constitución peruana se ocupa de las comunidades campesinas y de las comunidades nativas en el Capítulo VI del Título III referente al Régimen Agrario. Sin embargo, esta visión agrarista del legislador constituyente de 1993 no concuerda con la realidad. Es preciso señalar que no todas las actividades y relaciones de las comunidades caen bajo la órbita del derecho agrario.

El tratamiento legislativo que reciben las comunidades campesinas en el texto constitucional es inadecuado, no se les reconoce su carácter multisectorial, al considerarlas como organizaciones netamente vinculadas a la actividad agropecuaria. El criterio de que las comunidades son nada más que un conjunto de familias campesinas afincadas al agro es anticuado, por eso *mutatis mutandis*, en una nueva Constitución, se les debe reconocer como organizaciones integrales, ubicándolas ya no en el capítulo del régimen agrario, sino en el reservado al Estado, la Nación y el territorio.

El desarrollo de las actividades multisectoriales en las comunidades es algo que ya se encuentra contemplado en el artículo 2° de la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas. Estas actividades, aparte de las agropecuarias, comprenden la explotación de yacimientos mineros, la pesca, apicultura, textilería, orfebrería, artesanía, etc.

Es a partir de esta nueva realidad económica y social que las comunidades campesinas, antes comunidades indígenas se liberan de los viejos moldes jurídicos que las aprisionaban con el

derecho agrario y empiezan a mostrarse en toda su plenitud y autonomía, reclamando el lugar que les corresponde, respaldadas por una larga tradición indigenista puesta de manifiesto en los diferentes períodos de nuestra historia.

Las normas dictadas por el Estado y que forman parte del derecho de las Comunidades Campesinas no están compendiadas o sistematizadas en un código, sino en una ley general y sus reglamentos. Al lado de las normas de origen estatal, existen otras que son elaboradas y aprobadas por los propios órganos de gobierno de la comunidad, vg, el estatuto de la comunidad, los reglamentos y los acuerdos que se adoptan en las asambleas generales ordinarias y extraordinarias de comuneros. Esto es en cuanto se refiere a las normas escritas, pues, existen otras normas que no lo son y que forman parte del derecho consuetudinario autóctono.

En base al material informativo recopilado y al marco teórico desarrollado en este informe de tesis, hemos logrado determinar la veracidad de nuestra hipótesis de trabajo, esto es, que es cierto que al incorporarse a las comunidades campesinas dentro del Capítulo VI del Título III de la Constitución, el legislador constituyente ha desconocido la autonomía que tiene el derecho de las comunidades, al ser éstas consideradas como instituciones de derecho agrario, lo cual amerita un tratamiento legislativo distinto (enmienda constitucional).

9.2.2. Objetivos específicos.

9.2.2.1. Objetivo N° 1: “Definir el concepto y el objeto del derecho de las comunidades campesinas”.

9.2.2.1.1. Definición del derecho de comunidades.

Podemos definir el derecho de comunidades como aquella disciplina jurídica que regula la existencia legal y la autonomía de las etnias organizadas en comunidades campesinas. Responde a la necesidad de velar por los intereses colectivos y de proteger la identidad étnica y cultural de sus integrantes.

9.2.2.1.2. Objeto del derecho de las comunidades.

Como disciplina jurídica autónoma, el derecho de las comunidades campesinas, se ocupa del estudio de las normas y principios aplicables a la organización y funcionamiento de dichas comunidades. Su finalidad es la de suministrar conceptos y criterios para la elaboración sistemática y para la aplicación de esta rama del derecho. Estamos ante un derecho relativamente nuevo, pero con raíces antiguas. En realidad lo nuevo es el enfoque doctrinario y principista que inauguramos en este trabajo de investigación a falta de literatura especializada en nuestro país. En cambio la legislación de comunidades campesinas si tiene una longevidad que se remonta a la época de la colonia y a los inicios de la república.

Si bien se reconoce la existencia del derecho consuetudinario indígena al interior de las comunidades campesinas y comunidades nativas, eso no quiere decir que todo se reduce a una pura costumbre autorregulatoria de la vida comunal, porque actualmente dichas organizaciones se rigen por las leyes y reglamentos dictados por el Estado, sin desdeñar sus propios estatutos y los acuerdos que se adoptan en las asambleas generales de comuneros. En la actualidad el denominado derecho consuetudinario indígena sólo se aplica en el ámbito de los conflictos (justicia comunal), fuera de ese ámbito ya casi no existe este tipo de costumbre jurídica, cuyo estudio no es ajeno a este trabajo de investigación.

9.2.2.2. Objetivo N° 2: “Desarrollar las características que tiene el derecho de las comunidades campesinas”.

El derecho de las comunidades campesinas tiene las siguientes características:

- a. Es un derecho autóctono.** La razón de ser del derecho de comunidades está dada por la existencia de una organización ancestral de evidente raigambre de sociológica y de indiscutible proyección jurídica: la comunidad indígena; por eso decimos que el de comunidades campesinas reúne las características de ser un derecho autónomo nacido en estas latitudes, es decir, como producto de la historia y de un modo de vivir colectivo, cuyos contenidos

esenciales se reflejan en la legislación como expresión jurídica de esa forma de vida.

Históricamente, la costumbre es la primera de las fuentes del derecho de las comunidades indígenas. Las normas y disposiciones del derecho indiano que regían en el virreinato, eran recopilaciones de usos y costumbres imperantes en la metrópoli y en las colonias. Las primeras normas sobre comunidades legisladas durante la República fueron también esfuerzo de recopilación de usos y costumbres para aplicarlos a las relaciones existentes al interior de las comunidades.

b. Tiene un carácter multidisciplinario.- El derecho de las comunidades campesinas, aparte de los contenidos que le son propios, y de los que nos hemos ocupado durante el desarrollo de este trabajo, se nutre de una amalgama de factores históricos, sociales y culturales acumulados a través del tiempo. En este sentido se trata de una disciplina que tiene también un carácter multidisciplinario.

c. Tiene un indiscutible carácter institucional.- A las comunidades campesinas se les ha vinculado con la actividad económica que se realiza al interior de esas organizaciones. En ese sentido por ser la actividad más común la agricultura, por mucho tiempo hemos creído que las normas jurídicas relativas a las comunidades formaban parte del derecho agrario. Sin embargo, el derecho de las comunidades campesinas no se ocupa de regular

las actividades relacionadas con el agro, sino de regular jurídicamente a la comunidad considerada como organización integral, dedicada al desarrollo de actividades multisectoriales orientadas a la realización de sus fines.

En consecuencia, el objeto regulado por el derecho de las comunidades campesinas, es la institución comunal, entidad jurídica *sui generis*, que comprende la organización social, el territorio, la actividad económica en su conjunto, las creencias y valores culturales imperantes, la personería jurídica, los derechos y obligaciones de los comuneros, etc. Siendo esta una característica más de la independencia y de la autonomía que tiene este derecho, con relación a otras ramas de la ciencia jurídica.

- d. Es particularmente un derecho protector de los bienes y de la identidad étnica y cultural de los integrantes de las comunidades.-** La vigencia real de los valores, creencias y formas de vida que caracterizan a las poblaciones indígenas y comunidades en una sociedad moderna, depende no solo del factor humano, sino también de la protección y el respaldo que el derecho les brinde. La situación de vulnerabilidad que confrontan las comunidades, ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional, al señalar que “Es de resaltar que las situaciones jurídicas de ventaja y desventaja son reconocidas a los grupos étnicos tomando en cuenta la realidad y las concepciones

que éstos guardan sobre el mundo que los rodea. Así, a partir de ello se debe disponer de una tutela adecuada a su contenido y necesidades”⁴⁷³.

En este sentido, una de las características del derecho de las comunidades campesinas, es la de ser un derecho protector de los bienes y valores ancestrales imperantes en la comunidad. En el caso peruano, esta característica se evidencia a partir de la segunda década del siglo pasado con la promulgación de la Constitución de 1920 y se mantiene en las Constituciones de 1933 y de 1979. La Constitución de 1993 de marcado tinte neoliberal legisla en apenas dos artículos sobre el régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas. El artículo 89 consagra la autonomía de las comunidades y garantiza la propiedad e imprescriptividad de sus tierras y obliga al Estado a respetar la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas.

El artículo 1 inciso d) de la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, declara que el Estado respeta y protege los usos, costumbres y tradiciones de la comunidad campesina. Propicia el desarrollo de su identidad cultural.

Mediante Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH del 21 de Julio del 2000 se aprobó la Directiva N° 012-2000-PROMUDEH/SETAL “Directiva para promover y asegurar el respeto a

⁴⁷³ STC. Exp. N° 03343-2007-PA/TC, fj 32

la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y comunidades nativas”. Esta norma se sustenta en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en la Constitución Política, en el Código Civil Peruano, en las leyes de comunidades campesinas y nativas, entre otras normas.

e. Es un derecho de carácter mixto.- Por ser las comunidades organizaciones sociales donde concurren intereses colectivos e intereses individuales, el derecho que norma su existencia puede ser catalogado como un derecho mixto, es decir, de carácter tanto público como privado. En lo que atañe a los intereses en juego, si prima el interés general, común, colectivo, el derecho es público; y si lo que prima es el interés de los particulares, el derecho es privado.

En opinión de Fernández Sessarego “Las comunidades por el predominante interés social que les es inherente se ubican en el ámbito del derecho público⁴⁷⁴. De igual parecer es Guillermo Figallo, quien sostiene que “las comunidades campesinas por definición son entes autónomos de “Derecho Público”, pues están dotadas de “propios poderes” establecidos por la Constitución y bajo “su particular garantía”⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las personas. Cultural Cuzco, Lima – Perú, 4ta. edición, 1999, cit. p. 243.

⁴⁷⁵ FIGALLO ADRIANZEN, Guillermo, op. cit. p. 166.

Opiniones que no compartimos, pues, si bien al interior de las comunidades coexisten intereses colectivos e intereses individuales, no se puede decir que la naturaleza pública del derecho de las comunidades predomina sobre lo privado; pero sí podemos asegurar que las normas de derecho público que están contenidas en la Constitución, son indispensables para garantizar los derechos colectivos de las comunidades. Estos derechos son:

- Derecho a que se les reconozca su existencia legal y su personería jurídica.
- Derecho a la autonomía.
- Derecho a la propiedad comunal sobre la tierra.
- Derecho a que se respete su identidad étnica y cultural (costumbres, idioma, etc.).
- Derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario.

Son precisamente los derechos colectivos con rango constitucional, los que nos permiten identificar lo que son las normas de derecho público y diferenciarlas de las normas de derecho privado que también forman parte del derecho de las comunidades campesinas. No olvidemos que estas organizaciones están consideradas por el Código Civil como entes privados.

A pesar de que siempre será difícil de establecer criterios o pautas para diferenciar entre lo que corresponde al campo del derecho público y lo que pertenece al derecho privado y, siendo poco o nada convincente para nosotros y para un amplio sector

de la doctrina, la tesis que aboga por la existencia de un derecho social; no cabe duda que el de las comunidades campesinas se caracteriza por ser un derecho mixto, al estar formado tanto por normas de derecho público, como de derecho privado. Ambas clases de derecho se complementan y responden a la naturaleza jurídica *sui géneris* de la comunidad.

- f. **Es fundamentalmente un derecho de carácter estatutario.**- Al igual que los acuerdos adoptados en el seno de las asambleas comunales, el estatuto interno de la comunidad se constituye en la principal fuente del derecho de las comunidades campesinas. En estos documentos están contenidas las disposiciones que rigen la organización comunal, sus fines y objetivos, lo relativo a la personería y autonomía de la comunidad. El estatuto legisla también sobre el territorio comunal, sobre el régimen legal de los comuneros, incluyendo sus derechos y obligaciones, sobre el padrón comunal; el procedimiento para la aplicación de sanciones, sobre el patrimonio de la comunidad, la administración de bienes comunales; sobre la empresa comunal, sobre el usufructo de las tierras comunales, el régimen administrativo de los órganos de gobierno comunal, etc.

No nos estamos refiriendo aquí a los estatutos de comunidades legislados por el Estado; el primero de ellos fue aprobado por Decreto Supremo N° 11 del 02 de junio de 1961; el segundo fue aprobado por Decreto Supremo N° 01-A promulgado el 27 de julio

de 1966; y el tercero que distorsionó la organización comunal confundiéndola con la que es propia de las cooperativas fue aprobado por Decreto Supremo N° 37-70-AG en plena reforma agraria; nos referimos en este trabajo los estatutos elaborados y aprobados por las propias comunidades campesinas⁴⁷⁶.

Los estatutos han sido perfeccionados a través del tiempo, teniendo en cuenta los usos y costumbres imperantes. Son normas de aplicación inmediata y de acatamiento obligatorio para directivos y comuneros; por eso decimos que el derecho de comunidades campesinas es más que nada de carácter estatutario.

Los estatutos son aprobados por la asamblea general de la comunidad. La función legislativa que ejercen las comunidades es una expresión de su autonomía, la que está reconocida y garantizada por el artículo 89° de la Constitución⁴⁷⁷.

9.2.2.3. Objetivo N° 3: “Desarrollar los principios del derecho de las comunidades campesinas”.

Los principios del derecho de las comunidades campesinas responden al espíritu comunitario y a los valores ancestrales de solidaridad y ayuda mutua de las poblaciones autóctonas, en contraste con los valores que inspiran a las otras formas asociativas de carácter lucrativo y de esencia individualista.

⁴⁷⁶ FIGALLO ADRIANZEN, Guillermo, op. cit, pp 147 y 148

⁴⁷⁷ La Primera Disposición Final y Transitoria de la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, establece que “las comunidades campesinas elaborarán su propio Estatuto que regirá su organización y funcionamiento considerando sus particularidades dentro de la presente ley y su reglamento”

Son principios ordenadores de la actividad institucional de la comunidad, están en íntima conexión con las normas a las que sirven de sustento. Eventualmente sirven para suplir los vacíos que se presenten en el ordenamiento jurídico de las comunidades.

Los principios que orientan el desenvolvimiento del derecho de comunidades campesinas como disciplina jurídica autónoma están previstos en el artículo 3° de la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas; estos son:

- Igualdad de derechos y obligaciones de los comuneros;
- Defensa de los intereses comunes;
- Participación plena en la vida comunal;
- Solidaridad, reciprocidad y ayuda mutua entre todos sus miembros;
- La defensa del equilibrio ecológico, la preservación y el uso racional de los recursos naturales;

Del desarrollo y análisis de cada uno de estos principios nos hemos ocupado en la parte pertinente de este trabajo de tesis.

9.2.2.4. Objetivo N° 4: “Ubicar las fuentes del derecho de las comunidades campesinas”.

Son fuentes del derecho de las comunidades campesinas las siguientes:

1. La Constitución Política
2. Los Tratados y Convenios Internacionales, entre ellos el Convenio N 169 de la OIT

3. Las leyes y demás normas con rango de ley.
4. Los reglamentos.
5. El Estatuto de la Comunidad que es elaborado y aprobado por la Asamblea General de Comuneros.
6. La costumbre o derecho consuetudinario autóctono.
7. Los principios generales del derecho de las comunidades campesinas.

9.2.2.5. Objetivo N° 5: “Establecer las relaciones del derecho de las comunidades campesinas con otras ramas del derecho”.

Durante el desarrollo de este trabajo de investigación se ha llegado a establecer que el derecho de las comunidades campesinas mantiene relaciones con otras ramas del derecho tales como:

- Con el derecho constitucional.
- Con el derecho internacional.
- Con el derecho civil.
- Con el derecho penal.
- Con el derecho administrativo.
- Con el derecho registral.
- Con el derecho ecológico.
- Con el derecho agrario y de aguas.

9.2.2.6. Objetivo N° 6: “Hacer un desarrollo teórico – normativo de las instituciones que conforman el derecho de las comunidades campesinas”.

Hemos cumplido con desarrollar este objetivo específico; en la parte pertinente de este informe de tesis nos ocupamos de los elementos o instituciones que conforman el derecho de las comunidades, tales como el territorio comunal, lo tocante a la organización y

funcionamiento del autogobierno comunal, en el que abordamos todo lo relacionado con la personería jurídica y la autonomía de las comunidades campesinas; así como lo que concierne los recursos naturales y la justicia comunal.

9.2.2.8.1. El territorio comunal.

Uno de los elementos sin el cual no puede existir la comunidad es el territorio. Así, mientras en el derecho agrario se habla de tierras o de predios rurales, en el derecho de comunidades y pueblos indígenas se habla de territorio.

Como ya hemos precisado en la parte introductoria de este trabajo, los pueblos indígenas vienen reclamando la reforma del artículo 89° de la Constitución vigente, para que estos pueblos sean reconocidos como entidades territoriales y como tales integrar la organización político – administrativa del Estado peruano.

El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en su Parte II Tierras, artículo 13° inciso 1) distingue entre tierras y territorios. Sin embargo, en el inciso 2) del citado numeral, aclara que “la utilización del término tierras en los artículos 15° y 16° deberá incluir el concepto de territorio, lo que cubre la totalidad del hábitat

de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera.

En la legislación nacional, la Ley General de Comunidades Campesinas adopta también una posición ambigua, al referirse tanto al territorio comunal, como a las tierras comunales, coincidiendo en esta última denominación con la Constitución de 1979, bajo cuya vigencia se promulgó el referido texto legal.

El Anteproyecto de la Nueva Ley de Comunidades Campesinas, elaborado por la Comisión Especial Revisora de la Legislación de Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, creada por Ley N° 28150, pretende zanjar la polémica existente acerca de si se debe hablar de tierras comunales o de territorio comunal, inclinándose por esta última definición con las aclaraciones y salvedades del caso.

Queda claro entonces, que en el derecho indígena del siglo XXI, en vez de tierras predomina el concepto de territorio, entendido éste como hábitat, espacio suficiente para el desarrollo económico y cultural de las comunidades y pueblos indígenas.

9.2.2.8.2. Organización y funcionamiento del autogobierno comunal.

El elemento institucional, es decir, la forma como están organizadas las comunidades campesinas, es otro de los temas que hemos desarrollado en el ínterin de este trabajo de investigación. El autogobierno comunal se articula y funciona a través de la asamblea general de comuneros, de la junta directiva comunal, de los comités especializados y de los delegados de los diferentes sectores comunales, en aquellas comunidades campesinas que por lo extenso de su territorio funciona la asamblea general de delegados.

En cuanto a la personalidad jurídica de las comunidades, hemos indicado que, tanto las comunidades campesinas, como las comunidades nativas son dos tipos de personas jurídicas no lucrativas o no societarias, lo que no quiere decir que no puedan realizar actividades económicas.

Las comunidades campesinas están facultadas por su propia legislación para que puedan organizar y administrar sus actividades económicas en forma empresarial, ya sea empleando el término de empresa comunal o asociándose con

otras comunidades para formar empresas multicomunales.

El organigrama adoptado en la Ley General de Comunidades Campesinas, Ley N° 24656, se aparta del anterior esquema inspirado en la empresa de tipo cooperativo que fue incorporado por el Decreto Supremo N° 037 – 70-A. allí se estableció la conformación de la asamblea general, el consejo de administración y el consejo vigilancia como órganos administrativos de las comunidades.

La estructura orgánica cooperativa resultó poco funcional y no fue vista con agrado por los comuneros y sus representantes. Además, las comunidades tienen una tradición y fines distintos a los de las cooperativas, por lo que no se puede homologar a unas con otras.

9.2.2.8.3. Las comunidades campesinas y el derecho a los recursos naturales y el medio ambiente.

Es otro de los temas que hemos desarrollado cumpliendo uno de los objetivos específicos de este trabajo. El territorio de los pueblos indígenas y los recursos naturales existentes en sus territorios, son dos elementos de la naturaleza que están unidos entre sí, y por lo tanto, no deberían

ser objeto de un tratamiento jurídico diferenciado. Lamentablemente, la propiedad de los recursos naturales corresponde al Estado o a la Nación y el territorio a las poblaciones originarias o comunidades.

La Ley General de Comunidades Campesinas establece que la explotación de las concesiones mineras que se le otorgue a esas comunidades, así como las actividades que realicen para el aprovechamiento de los recursos naturales, bosque, agua y otras que se encuentran en el terreno de su propiedad, en armonía con las leyes y reglamentos que norman la materia, tendrán prioridad en el apoyo y protección del Estado.

9.2.2.8.4. La justicia comunal en el Perú.

Otro de los objetivos específicos de este informe de tesis ha sido desarrollar todo lo concerniente a la justicia comunal en el Perú. Así nosotros hemos definido a este tipo de justicia como aquella que está compuesta por principios, normas escritas y de derecho consuetudinario y por procedimientos, a través de los cuales, las rondas campesinas y las autoridades de los pueblos originarios del Perú o comunidades campesinas y nativas con la autonomía que les reconoce a estas últimas la Constitución de la República, ejercen funciones jurisdiccionales en sus respectivos territorios.

El artículo 149° de la Constitución Política del Perú establece que: “las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona”.

No se trata de una delegación de funciones que hace el Estado a favor de las comunidades, sino más bien del reconocimiento que hace la autoridad estatal de la autonomía jurisdiccional que tienen estas organizaciones, las que desde antaño resuelven sus conflictos con arreglo a sus estatutos y al derecho consuetudinario heredado de sus antepasados.

En consecuencia, el resultado de esta investigación puede sistematizarse con mayor amplitud y perfeccionamiento para luego ser incorporado al campo gnoseológico de la ciencia jurídica, ya que hemos demostrado la relación causal que existe entre las variables que son objeto de estudio.

9.2.2.8.5. Propuesta de enmienda constitucional o de artículos que deben incorporarse a una nueva Constitución.

Como corolario de este trabajo de investigación formulamos la siguiente propuesta:

Modifíquese el Artículo 43° de la Constitución vigente, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 43°.- La Nación peruana, es democrática, independiente, soberana, pluricultural, pluriétnica y multilingüe.

El Estado peruano es unitario y descentralizado. Son entidades territoriales, las regiones, las provincias, los distritos y los territorios de las comunidades campesinas y nativas.

La Ley de Bases de la Descentralización establecerá la distribución de competencias entre el gobierno central y las entidades territoriales.

Modifíquese el artículo 44° de la Constitución, el cual quedará redactado en los siguientes términos:

Artículo 44°.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y personería jurídica.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de las tierras que forman parte de su territorio, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley

establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

Deróguese el Artículo 89° de la Constitución.

9.2.2.8.6. Exposición de motivos.

La reforma constitucional que proponemos, permitirá dar una respuesta efectiva a los representantes de las comunidades campesinas y nativas o pueblos originarios del Perú, quienes han venido reclamando que se incluya en la actual o en una nueva Constitución, un capítulo especial en el que se les reconozca como entidades territoriales y como tales integrar la organización política del Estado peruano.

Como ya lo hemos precisado anteriormente, esta suprema aspiración de las comunidades indígenas peruanas, es algo que ya ha sido incorporado en las constituciones de algunos países de Sudamérica, tal es el caso de la Constitución de Ecuador, en cuyo artículo 224° se dice: “El territorio del Ecuador es indivisible. Para la administración del Estado y la representación política existirá provincias, cantones y parroquias. Habrá circunscripciones territoriales indígenas y

afroecuatorianas que serán establecidas por Ley”.

En la Constitución de Colombia el artículo 286° señala: “Son entidades territoriales los departamentos indígenas y el artículo 329° dispone que “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto por la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial...”.

El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en su Parte II Tierras, artículo 13° inciso 1) distingue entre tierras y territorios. Sin embargo, en el inciso 2) del citado numeral aclara que “la utilización del término tierras, en los artículos 15° y 16° deberá incluir el concepto de territorio, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera.

Con lo que queda claro que en el derecho indígena del siglo XXI, en vez de tierras predomina el concepto de territorio, entendido éste como el espacio suficiente para el desarrollo económico y cultural de las comunidades y pueblos indígenas.

De otro lado, debe incorporarse el artículo 44 en la Constitución y derogarse el artículo 89° de esta Ley Fundamental, por

cuanto el tratamiento legislativo que reciben actualmente las comunidades campesinas y nativas es inadecuado, al no reconocer su carácter multisectorial y considerarlas como organizaciones netamente vinculadas a la actividad agropecuaria.

El criterio de que las comunidades son nada más que un conjunto de familias campesinas o nativas vinculadas al agro es anticuado, por ello con la reforma constitucional que proponemos, o en una nueva Constitución, se les debe reconocer como organizaciones integrales, ubicándolas ya no en el capítulo del régimen agrario, sino en el reservado al Estado, la Nación y el territorio.

Esta inquietud no es nueva, se puso de manifiesto durante los debates que antecedieron a la elaboración de la Constitución de 1993 por el Congreso Constituyente Democrático; en aquella oportunidad. Los representantes de las comunidades campesinas y de las comunidades nativas presentaron propuestas de texto constitucional alternativo sobre comunidades.

Al margen de la propuesta de enmienda constitucional que estamos efectuando y que tendrá que hacerse en el futuro, el desarrollo

de actividades multisectoriales en las comunidades es algo que ya se encuentra contemplado en el artículo 2° de la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas. Estas actividades, aparte de las agropecuarias, comprenden la explotación de yacimientos mineros, la pesca, apicultura, textilería, orfebrería, artesanía, turismo, servicios múltiples, etc.

9.2.2.8.7. Análisis del costo beneficio

La propuesta de reforma constitucional que formulamos, no irroga mayores gastos al erario nacional, más bien, de concretarse habrá de contribuir al mejoramiento del Capítulo I del Título II referente al Estado, La Nación y el Territorio, de la vigente Constitución Política del Perú, al incorporar dentro de dicho capítulo a las entidades territoriales indígenas o comunales, terminándose así con siglos de indiferencia y exclusión respecto de estos pueblos por parte del Estado centralista y oligárquico. Además, con esta reforma el texto constitucional dejará de estar de espaldas a la realidad, al reconocer el carácter pluricultural, pluriétnico y multilingüe que tiene la nación peruana.

CAPÍTULO X

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

10.1. Conclusiones.

1. En el Perú, las comunidades campesinas o comunidades indígenas son formas de organización de los pueblos originarios, tienen como antecedentes a las reducciones de indios del virreinato. Según estadísticas hay en el territorio nacional 6,069 comunidades campesinas.
2. En el Perú, las comunidades campesinas y las comunidades nativas gozan de un estatuto jurídico especial que tutela el interés colectivo con normas de derecho público que se anteponen al interés particular. Este derecho posee un marco teórico y rasgos característicos que lo distinguen de otras disciplinas jurídicas.
3. La Constitución peruana ubica a las comunidades campesinas y comunidades nativas en el Capítulo VI del Título III referente al Régimen Agrario. Sin embargo, el tratamiento legislativo que reciben en el texto constitucional es inadecuado, al no reconocer su carácter multisectorial y considerarlas como instituciones de derecho agrario.
4. El criterio de que las comunidades son nada más que un conjunto de familias campesinas afincadas al agro es anticuado, por eso en una nueva Constitución o en una reforma de la actual Carta Política se les debe reconocer como organizaciones integrales, ubicándolas ya no en el Capítulo del Régimen Agrario, sino en el reservado al Estado, la Nación y el Territorio.
5. Al margen de las propuestas de modificación constitucional que tendrán que hacerse en el futuro, el desarrollo de actividades

multisectoriales es algo que se encuentra contemplado en el artículo 2° de la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas.

6. En el campo del derecho se le ha restado importancia a la legislación sobre comunidades campesinas, al considerar que carece de contenido propio y que forma parte del derecho agrario, aun cuando el derecho de las comunidades campesinas tiene normas y principios que nada tienen que ver con el derecho agrario.
7. Derecho de comunidades campesinas y derecho agrario son conceptos dispares y su objeto tampoco es el mismo. El primero se ocupa de la comunidad como organización integral participante de una determinada realidad social; el segundo se refiere a la diversidad de factores jurídicos que intervienen en la regulación de la actividad agrícola en general.
8. El derecho de las comunidades campesinas en el Perú, está conformado, tanto por normas dictadas por el Estado, y por normas que son elaboradas y aprobadas por los propios órganos de gobierno de la comunidad vg; el estatuto de la comunidad, los reglamentos y los acuerdos que se adoptan en las asambleas generales de comuneros.
9. Aparte de las normas escritas, al interior de las comunidades existen otras normas que no lo son y que forman parte del derecho consuetudinario autóctono. En la actualidad, el derecho consuetudinario indígena sólo se aplica en el ámbito de los conflictos (justicia comunitaria), fuera de ese ámbito ya casi no existe se tipo de costumbre jurídica.
10. El derecho de las comunidades campesinas, es aquella disciplina jurídica que regula la organización y garantiza la autonomía de las

etnias agrupadas en comunidades. Responde a la necesidad de velar por los intereses colectivos y de proteger la identidad étnica y cultural de sus integrantes.

11. En cuanto a su objeto, como disciplina jurídica autónoma, el derecho de las comunidades se ocupa del estudio de las normas y principios aplicables a la organización y funcionamiento de las comunidades campesinas. Su finalidad es la de suministrar conceptos y criterios para la elaboración sistemática y para la aplicación de esta rama emergente del derecho.
12. El de las comunidades, es un derecho relativamente nuevo, pero con raíces antiguas. En realidad lo nuevo es el enfoque doctrinario y principista que inauguramos en este trabajo a falta de literatura especializada en nuestro país. En cambio, la legislación de comunidad indígena si tiene una longevidad que se remonta a la época de la Colonia y a los inicios de la República.
13. El derecho de las comunidades campesinas, tiene como característica: ser un derecho autóctono; posee un indiscutible carácter institucional; es particularmente un derecho protector de la identidad étnica y cultural de los integrantes de las comunidades; es un derecho de carácter mixto; es fundamentalmente un derecho de carácter estatutario.
14. Los principios del derecho de las comunidades indígenas responden al espíritu comunitario y a los valores ancestrales de solidaridad y ayuda mutua de las poblaciones autóctonas, en contraste con los valores que inspiran a las otras formas asociativas de carácter lucrativo y de esencia individualista.

10.2. Recomendaciones.

1. Para una mejor comprensión de lo que es el derecho de comunidades, es necesario tener una noción cabal de lo que son las comunidades campesinas, antes comunidades indígenas, de sus antecedentes históricos, entre ellos, las antiguas reducciones de indios, así como de las leyes de indias dictadas durante el virreinato, de la forma como se han ocupado de estas organizaciones o pueblos originarios, las constituciones del Perú republicano y de los estatutos y las leyes y reglamentos dictados por el Estado en favor de las comunidades.
2. A las comunidades campesinas ya no se les debe considerar como organizaciones netamente vinculadas a la actividad agropecuaria, sino como organizaciones integrales dedicadas a la realización de actividades multisectoriales. El criterio de que las comunidades son nada más que un conjunto de familias afincadas al agro es anticuado.
3. Ya no se debe considerar a las comunidades campesinas como instituciones del derecho agrario, pues aun cuando el derecho de las comunidades se encuentra en una fase de elaboración doctrinal, tiene normas y principios y características que nada tienen que ver con el cada vez más reducido universo jurídico del derecho agrario.
4. No se debe confundir a los denominados sistemas normativos indígenas o derecho consuetudinario indígena, del que se ocupan algunos teóricos del indigenismo postmodernista, con el derecho de las comunidades campesinas que es fundamentalmente escrito y regulado en los estatutos de la comunidad. Lo consuetudinario en las actuales circunstancias, se reduce a una que otra práctica costumbrista con autoridad suficiente como para ser considerada como fuente del derecho de las comunidades campesinas, y por lo regular este derecho sólo se aplica en la solución de conflictos civiles

y en la aplicación de sanciones penales por infracciones o delitos cometidos por comuneros al interior de las comunidades.

5. Es menester que se incluya en una nueva Constitución un capítulo especial dedicado exclusivamente a las comunidades campesinas y nativas, donde el Estado les reconozca a estos pueblos originarios del Perú, su existencia legal, sus tradiciones y costumbres, su propio derecho, la propiedad colectiva de sus tierras, etc. Esto implica modificar el artículo 89° de la Carta Política vigente, para que estos pueblos sean reconocidos como entidades territoriales y como tales integrar la organización política del Estado peruano.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

ABASTOS, Manuel G. "Necesidad de una legislación especial indígena". En Asuntos Indígenas del Perú, Ministerio de Justicia y Trabajo, Año I. Vol. I, Lima, 1948.

ANTEPROYECTO DE LEYES DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN (Texto para el debate). Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, edición auspiciada por USAID, 2002.

ACOSTUPA, Saturnino, URVIOLA, Exequiel. El Debate Agrario en la Constitución. Ediciones Populares. César Benavides, Lima – Perú, 1979.

ARPASI VELASQUEZ, Paulina. Desarrollo Comunal En La Era Global. Derecho Indígena en el Siglo XXI, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2005.

ANDALUZ, Antonio y VALDEZ, Walter. Derecho Ecológico Peruano, Inventario Normativo, Gredes, 1987.

ANAYA. S. James. Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Editorial Trotta, Universidad Internacional de Andalucía, 2005.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. Teoría de los Derechos Humanos, Grijley, 2011, p.206.

ALEXI, Roberto. El concepto y la validez del derecho, gedisa editorial S.A, segunda edición, octubre de 1997, Barcelona.

BASADRE GORHMAN, Jorge. Historia del Derecho Peruano, Lima, Editorial Antena. S.A, 1937.

BASADRE GORHMAN, Jorge. Historia de la República del Perú 1822 – 1933, octava edición, XVI tomos, La República – Universidad Ricardo Palma.

BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Minero Peruano, EDIGRAF, tercera edición, 1983.

BALLON AGUIRRE, Francisco. Introducción al Derecho de los Pueblos Indígenas. Defensoría del Pueblo, 2003.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Constitución y Sociedad, Lima, 1999.

BOBBIO, Norberto. El Positivismo Jurídico, Madrid, Debate 1993.

CASTRO POZO, Hildebrando. Nuestra comunidad indígena, Lima, 1924.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1920. Colección Constitucional Peruana. Primera edición oficial. Editora Perú, 2005.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Los Derechos Reales, Tomo I, cuarta edición. Talleres Gráficos PL Villanueva, 1979.

CARRUITERO LECCA, Francisco. Derecho del Medio Ambiente. Selección de lecturas. Materiales de enseñanza, Studio, 2006.

CIEZA MORA, Jairo. Problemática de la nulidad y la impugnación de los acuerdos en las sociedades y asociaciones, Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, 2012.

CARBONELL, Miguel, PALERO CRUZ, Juan y VASQUEZ, Rodolfo (Compiladores). Derechos Sociales y derechos de las minorías. Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

CALSAMIGLA, Alberto. Introducción a la Ciencia Jurídica. Editorial Ariel. S.A, Barcelona, 1986.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe N° 015 – 2008-DP.

DONGO DENEGRI, Luis. Derecho Agrario Peruano, 1986.

DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, GACETA JURÍDICA N° 119.

DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, GACETA JURÍDICA N° 127.

DE SOTO, Hernando. El Otro Sendero. La Revolución Informal, Instituto Libertad y Democracia, 7ma edición, Lima, 1987.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, traducción de Marta Gustavino. 2da reimpresión, 1995, editorial Ariel S.A Barcelona.

DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, GACETA JURÍDICA N° 140.

EL DEBATE AGRARIO EN LA CONSTITUYENTE (1970). Ediciones Populares César Benavides.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las personas, Huallaga Editorial, 2001.

FIGALLO ADRIANZEN, Guillermo. Origen, exclusión y reafirmación de las comunidades campesinas del Perú, Editorial San Marcos, Lima, 2007.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las Personas, cuarta edición, Cultural Cuzco S.A, 1990.

FERRER MAC GREGOR, Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos, Porrúa, México, 2003.

FERRERO COSTA, Raúl. Los Derechos Humanos. Mecanismos Internacionales de Protección en el Sistema de las Naciones Unidas, Lima – Perú, 1980.

FERRANDO BADIA, Juan. El Estado unitario, el Federal y el Estado regional, Editorial Tecnos, Madrid, 1978.

GARCÍA CAVERO, Percy. Fraude en la Administración de Personas Jurídicas y Delitos contra la Confianza y la Buena Fe en los Negocios, Palestra, Editores, 2005.

GONZALES BARRON, Günther. Introducción al Derecho Notarial y Registral, segunda edición, Jurista Editores E.I.R.L, 2008.

GARZON VALDEZ, Ernesto. El problema ético de las minorías étnicas, en OLIVE, León (compilador) Ética y Diversidad, segunda edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

GUIBOURE, Ricardo. “Fuentes del Derecho”, en Garzón Valdez. Ernesto, El Derecho y la Justicia, Madrid, Trotta, 2da edición, 2000.

GUEVARA GIL, Armando J. Diversidad y Complejidad Legal, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

GACETA CONSTITUCIONAL, GACETA JURÍDICA, Tomo 48, 2012.

GACETA CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL, Tomo 76, 2014.

GACETA CONSTITUCIONAL, Tomo 42, 2011.

GACETA CONSTITUCIONAL, Tomo 40, 2011.

HERNÁNDEZ, Max. ¿Es otro el rostro del Perú?. Identidad, diversidad y cambio, AGENDA – Perú, 2000.

HUNTINGTON, Samuel. P. ¿Quiénes somos? Los desafíos a la identidad nacional estadounidense, PAIDÓS – Estado y Sociedad, 2010.

HUNTINGTON, Samuel. P. El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial, Paidós, 4ta edición, 1997.

INFORME DEFENSORIAL N° 109 – Defensoría del Pueblo del Perú.

KYMLICKA Will. Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías, Paidós – Estado y Sociedad, trad. de Carme Castells Auleda, 6° impresión, enero 2015. También hemos citado la edición del mismo autor del año 1996.

LÓPEZ BARCENAS, Francisco. Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

LATORRE, Angel. Introducción al Derecho, Ariel, Barcelona, 1974.

LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. Derecho Ambiental Contemporáneo. Crisis y Desafíos, Ediciones Legales, 2011.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA PRÁCTICA. Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

LEGISLACIÓN DE DERECHO AGRARIO. Comunidades Campesinas, Editorial Gráfica Bernilla, 2003.

MATOS MAR, José (compilador). Hacienda, comunidad y campesinado en el Perú, Instituto de Estudios Peruanos, 1976.

MILLA BATRES, Carlos. ¿En qué momento se jodió el Perú?. Editorial Milla Batres, 1990.

MONTOYA FERNÁNDEZ, Serapio. Jurisprudencia Agraria, Tomo II, Cuzco – Perú, 1976.

MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. Los Derechos Reales, Tipografía Susasuter, 1980.

MONTOYA MANFREDI, Ulises. La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas, Talleres Gráficos. P. L Villanueva, 1997.

NINO, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación Barcelona, Ariel, 1999.

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA COMUNIDADES CAMPESINAS 2011 – 2012, Grupo Allpa – Comunidades y Desarrollo SCR – Asociación Servicios Educativos Rurales, diciembre 2012.

PAREJA Y PAZ SOLDAN, José. Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979, Lima – Perú, Julio Valenzuela Editor, 1981.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Constitución, Municipio y Garantía Institucional, Grijley, Lima – Perú, 2000.

RUÍZ ELDREDGE, Alberto. La Constitución Comentada de 1979, 1980.

ROBLES MENDOZA, Román. Legislación sobre comunidades campesinas, UNMSM, 2002.

RAMÍREZ, Miguel Justino. Huancabamba, su Historia y su Geografía, su folklore, Lima – Perú 1996.

RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. Tratado de Derechos Reales, Tomo III, Editorial Rodhas, segunda edición, 2004.

RAWLS, John. Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, México, DF, 1997.

RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 6° reimpresión, febrero 2006.

STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General, Edersa, Madrid, 1982.

SHEREIBER PEZET, Max Arias. Exegesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo III. Derechos Reales, Normas Legales – Edición actualizada 2006.

SISTEMA PERUANO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, una publicación del Ministerio de Justicia actualizada al 26. 11. 09.

SHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo (editores). El desafío de la Declaración, Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, Iwgia Copenhague, 2000.

STAVENHAGEN, Rodolfo. DERECHO indígena y derechos humanos en América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Colegio de México, 2013.

STAVENHAGEN, Rodolfo. El derecho consuetudinario indígena en América Latina. Instituto Indigenista Interamericano de Derechos Humanos, México DF, 1990.

SARTORI, Giovani. La sociedad multiétnica, pluralismo, multiculturalismo y extranjeros, trad de Miguel Angel Ruíz de Asúa, Taurus, 2001.

TORRE BLANCA JARA, José A. vocal en el Tribunal Agrario (10 años de jurisprudencia agraria), Editorial ARTEX, Lima, 1982.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Código Penal, Cultural Cuzco S.A. editores, 1992.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Introducción a la Criminología, Editora Grijley, 1997.

VEGA MERE, Yuri. Derecho Privado, Grijley, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho ductil, editorial trota, 2008.

REVISTAS:

AVANCES, Revista N° 3 del Instituto de Desarrollo Regional (INDER). Chiclayo – Perú, 1996.

CUADERNOS AGRARIOS, Revista del Instituto de Derecho Agrario N° 3, Lima – Perú, 1979.

CATHEDRA, año III N° 5, revista de los estudiantes de Derecho de la UNMS, 1994, p. 54.

DICEN QUE SOMOS EL ATRASO. PROPIEDAD COMUNAL Y AGRODIVERSIDAD EN EL PERÚ, SPDA, Lima, enero 2012.

IUS ET VERITAS, año IX N° 19, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

INFORMATIVO LEGAL AGRARIO. COMUNIDADES CAMPESINAS. INFORME ESPECIAL N° 11, enero – mayo, 1982.

JURÍDICA, suplemento de análisis legal del diario El Peruano, N°357,31.5.2011.

JURÍDICA, suplemento de análisis legal del diario El Peruano, N° 342, 13. 2. 2011.

JURÍDICA, suplemento de análisis legal del diario El Peruano, N° 299, 20. 4. 2010.

LAS COMUNIDADES QUE MUEVEN AL PAÍS. El estado de las comunidades rurales en el Perú. Informe 2012, Instituto bien común.

LA REVISTA AGRARIA, AÑO 10 N° 107, mayo 2009.

LA REVISTA AGRARIA, AÑO 13 N° 141, junio 2012.

ALVA MARIÑAS, Pedro. Los cañaris de Lambayeque. Sus títulos coloniales, INDER, julio 2013.

LUCERNA IURIS, año 17, N° 1, julio 2005.

LIBERALISMO Y COMUNITARISMO: UN DEBATE INACABADO, Studium, Revista de Humanidades 15 (2010) LSSN1137-8417.

REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ, Normas Legales, N° 132, febrero 2012.

REVISTA IDENTIDADES, publicada por el diario La República, 1. 12. 2003.

REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ, Normas Legales, N° 147, MAYO 2013.

VÍA LEGAL, año II N° 2, Studio editores, Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica. 2005.

LINKOGRAFÍA:

<http://www.diariolaprimeraperu.com/online/noticia.php.21.Dnoticias68267,16/08/2010>

<<<http://www.corteinstitucional.gob.co/relatotia/2011/T-129-11.htm>>>.

<http://www.jus.it/Cardozo/revisión/2008/Fajardo.pdf>.

[www.derecho virtual.com](http://www.derechovirtual.com).